

Heinrich Diehle

Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung
und Schadenseintritt beim Dritten
Zur Drittschadensliquidation
bei Treuhand
und mittelbarer Stellvertretung

~~1969~~

1968



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555619_0015

RECHTSTRÄGERSCHAFT FÜR FREMDE RECHNUNG UND SCHADENS-
EINTRITT BEIM DRITTEN. - ZUR DRITTSCHADENSLIQUIDA-
TION BEI TREUHAND UND MITTELBARER STELLVERTRETUNG

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors
der Rechte durch die Rechts- und Staatswissenschaft-
liche Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

Heinrich Diehle
aus Münster/Westf.

1969

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Kiefner
Zweiter Berichterstatter: Priv.-Doz. Dr. Rüthers
Dekan: Prof. Dr. Nörr
Tag der mündlichen Prüfung: 18. Mai 1968



Inhaltsverzeichnis

	Seite:
A. Anlaß und Ziel der Arbeit	1
I. Das Problem des Drittschadensersatzes allgemein	1
II. Die Aufgabe	8
B. Analyse der Fallgruppen "Treuhand" und "mittelbare Stellvertretung"	9
I. Treuhand	9
1. Was ist Treuhand?	9
2. In welchen Fällen tritt das Bedürfnis nach Berücksichtigung des Drittschadens auf?	13
a) Höchstrichterlich entschiedene Fälle	14
b) Weitere Fälle	23
aa) Verwaltungstreuhand	24
bb) Sicherungstreuhand	26
(1) Der Treuhänder hat die Sache in Besitz	26
(2) Der Treugeber hat die Sache in Besitz	31
cc) Vergleichstreuhand	35
dd) Offene Treuhand	35
c) Zusammenfassung	40
3. Worauf ist die Entstehung des Problems zurückzuführen?	42
II. Mittelbare Stellvertretung	49
1. Was ist mittelbare Stellvertretung?	49
2. In welchen Fällen tritt das Bedürfnis nach Berücksichtigung des Drittschadens auf?	49

	Seite
a) Vertragliche Ansprüche des mittelbaren Vertreters	49
b) Deliktische Ansprüche des mittelbaren Vertreters	54
c) Zusammenfassung	59
3. Worauf ist die Entstehung des Problems zurückzuführen?	60
III. Überprüfung der Abgrenzung zwischen Treuhand und mittelbarer Stellvertretung	67
IV. Ergebnis der Falluntersuchungen	73
C. Dogmatische Begründung des Drittschadensersatzes bei der gemeinsamen Fallgruppe "Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung"	74
I. Kurzer Überblick über die bisherigen Lösungsversuche	74
1. Die Rechtsprechung	74
2. Die Rechtslehre	75
II. Eigener Lösungsvorschlag	80
1. Rechtfertigung eines Anspruchs auf Ersatz von Drittschaden	80
a) Das Vorliegen einer Lücke	80
b) Die Notwendigkeit der Lückenausfüllung	89
2. Die Ausgestaltung des Anspruchs auf Ersatz des Drittschadens	95

S c h r i f t t u m s v e r z e i c h n i s

- Assfalg, Dieter, Die Behandlung von Treugut im Konkurse des Treuhänders; Berlin 1960
- Baur, Fritz, Lehrbuch des Sachenrechts, 4.Aufl.; München 1968
- Baumbach-Lauterbach, Zivilprozeßordnung, 29.Aufl.; München-Berlin 1966
- Brox, Hans, Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 27.4. 1965 in der Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen 1965, S.222
- Bydlinski, Franz, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht (Beiheft der Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Heft 28, Stuttgart 1904
- v. Caemmerer, Ernst, Das Problem des Drittschadensersatzes; Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1964, S.341ff
- Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, Freiburg 1956
- Canaris, Claus-Wilhelm, Die Feststellung von Lücken im Gesetz; Berlin 1964
- Diederichsen, Uwe, Die Haftung des Warenherstellers; München-Berlin 1967
- Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken, 4.Aufl.; Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1968
- Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts - Allgemeiner Teil, 15.Bearb. v. Hans-Carl Nipperdey; 1.Halbband Tübingen 1959, 2.Halbband Tübingen 1960 (Soweit nichts anderes vermerkt, ist der 2.Halbband gemeint.)
- Schuldrecht, 15.Bearb. v. Heinrich Lehmann; Tübingen 1958

Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band,
4. Aufl.; Münster 1967

Esser, Josef, Grundsatz und Norm in der richterlichen
Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl.; Tübingen 1964

- Schuldrecht, 2. Aufl.; Karlsruhe 1960 (Soweit nichts
anderes vermerkt, ist die 2. Aufl. gemeint.)
- Schuldrecht, Band I 3. Aufl.; Karlsruhe 1968

Fikentscher, Das Schuldrecht; Berlin 1965

Fischer, Hans Albrecht, Der Schaden nach dem BGB;
Jena 1903

Flume, Werner, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts,
2. Bd. Das Rechtsgeschäft; Berlin-Heidelberg-New
York 1965

Gernhuber, Joachim, Haftung des Warenherstellers nach
deutschem Recht; Karlsruher Forum 1963 (Beiheft
zum Versicherungsrecht)

Gremmels, Hans, Treuhand und mittelbare Stellvertretung;
Diss. Göttingen 1936

Heck, Philipp, Grundriß des Schuldrechts; Tübingen 1929

Kollhosser, Helmut, Lohnfortzahlung, Schadensersatz und
Regreßinteressen beim Unfall eines Angestellten;
AcP 166, 277 ff. (1966)

Krückmann, Paul, Schadensliquidation aus fremdem Inter-
esse; Iherings Jahrbuch 56, S. 245 ff. (1910)

Lange, Hermann, Empfiehlt es sich, die Haftung für schuld-
haft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den
Umfang der Schadensersatzpflicht auf die Schwere des
Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm
abgestellt werden? Gutachten für den 43. Deutschen
Juristentag, Bd. I 1. Teil; Tübingen 1960

Lange, Wolfgang Dieter, Zur Abgrenzung des Vertrags zu-
gunsten Dritter und Drittschadensliquidation; Diss.
Berlin 1956

- Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft;
Berlin 1960
- Lehrbuch des Schuldrechts, I.Bd. 9.Aufl.; München
1968
- Lehmann-Römer, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16.Aufl.; Berlin 1966
- Lowenstein, Ludwig, Die gewillkürte Eigenberechtigung im fremden Interesse; Diss. Köln 1929
- Mezger, Anmerkung zu BGH LM § 249 (D) Nr.6
- Möller-Erbach, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung; Berlin 1905
- Müller, Klaus, Zur Haftung des Warenherstellers gegenüber dem Endverbraucher; AcP 165, S.285 ff. (1965)
- Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 28.Aufl.; München 1969
- Reiser, Ludwig, Dingliche Anwartschaften; Tübingen 1961
- Reiser, Thomas, Haftungsbegrenzung nach dem Vertragszweck; Diss. Tübingen 1962
- Adäquanztheorien und Haftung nach dem Schutzzweck der verletzten Norm; JZ 1963, 462 ff.
- Reinhardt, Rudolf (und Erlinghagen, P.), Die rechtsgeschäftliche Treuhand - ein Problem der Rechtsfortbildung; JuS 1962, S.41 ff.
- Der Ersatz des Drittschadens; Mannheim-Berlin-Leipzig 1933
- Reichsgerichtsräte, Kommentar der Reichsgerichtsräte zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I.Bd. 1.Teil 11.Aufl.; Berlin 1959
- Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, 4.Bd. 3.Aufl.; Berlin-Frankfurt 1957
- Schless, Robert, Mittelbare Stellvertretung und Treuhand; Leipzig 1931

- Schmidt-Rimpler, Das Kommissionsgeschäft; in Handbuch des gesamten Handelsrechts von Ehrenberg, Bd.V, 1.Abt. 1.Hälfte; Leipzig 1928
- Selb, Walter, Kritik formaler Drittschadensthesen; in NJW 1964, S.1765 ff.
- Schadensbegriff und Regreßmethoden; Heidelberg 1963
 - Individualschaden und soziale Sicherung; in Karlsruher Forum 1964 (Beiheft zum Versicherungsrecht)
- Seybold-Hornig, Bundesnotarordnung, 4.Aufl.; Berlin-Frankfurt 1962
- Siebert, Wolfgang, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis; Marburg 1933
- Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.I Allgemeiner Teil, 10.Aufl.; Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967
- Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
 - I. Bd., Allgemeiner Teil 11.Aufl.; Berlin 1957
 - II.. Bd., Recht der Schuldverhältnisse Teil 1c, 10./11.Aufl.; Berlin 1967
 - III. Bd., Sachenrecht, 1.Teil 11.Aufl.; Berlin 1956
 - 2.Teil 11.Aufl.; Berlin 1963
- Stoll, Hans, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht; Tübingen 1968
- Täger, Hans, Die Geltendmachung des Drittschadens; Heide 1938
- Weimar, Wilhelm, Die Neuregelung der Gastwirtshaftung; NJW 1966, S.1155 ff.
- Wieacker, Franz, Gesetz und Richterkunst; Karlsruhe 1958 (Heft 34 der Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft)
- Zimmermann, Schadensforderungen des Kommissionärs auf Grund des Interesses des Kommittenten; Neues Archiv für Handelsrecht I, S.48 ff. (1858)

A. Anlaß und Ziel der Arbeit

I. Das Problem des Drittschadensersatzes
allgemein

"Drittschadensliquidation": Mit diesem Begriff kennzeichnet man alle Fälle, in denen der Gläubiger aus einem vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnis in Abweichung von der Regel berechtigt sein soll, bei seinem Schuldner, der sich einer Rechtsverletzung des Gläubigers schuldig gemacht hat, einen Schaden geltend zu machen, der nicht das Vermögen des Gläubigers, sondern das eines "Dritten" belastet. Der Name führt also schon auf den dogmatischen Entstehungsgrund des zu behandelnden Problems hin: den sog. Grundsatz des Gläubigerinteresses. Dieser Grundsatz wird der Auffassung vom Schuldverhältnis als einem nur Gläubiger und Schuldner umfassenden Rechtsverhältnis ¹ entnommen, einer Auffassung, die sowohl dem BGB als auch schon dem Pandektenrecht zugrunde lag. Der Grundsatz besagt, daß sowohl für die Haftungsentstehung als auch für den Haftungsumfang ausschließlich der Schaden im Vermögen des Gläubigers maßgeblich ist. Nur dessen Interesse wird berücksichtigt, nicht aber das Interesse anderer Personen, die, da sie außerhalb dieser streng polaren Beziehung stehen, als Dritte bezeichnet werden. Das bedeutet für das ver-

1 statt aller: Enneccerus-Lehmann, a.a.O.
§ 1; von Caemmerer, Drittschaden, a.a.O.
S.342 f.

tragliche Schadensrecht, daß ersatzberechtigt nur sein kann, wer selbst geschützter Begünstigter und damit Gläubiger eines gestörten Schuldverhältnisses ist. Nicht anders verhält es sich im deliktischen Schadensrecht. Hier ist der Kreis der Personen, die als Gläubiger eines Ersatzanspruchs in Frage kommen, durch genau umrissene Tatbestände festgelegt: Gläubiger kann nur sein, wer durch die tatbestandsmäßige Verletzung einer Rechtsnorm an den durch diese Norm geschützten Rechtsgütern geschädigt ist.¹

Wenn hier von einem Schaden des nicht geschützten Dritten gesprochen wird, so ist aus Gründen der einfacheren Darstellung zunächst ein Schaden im natürlichen Sinne gemeint. Damit soll keineswegs zu dem aktuellen Theorienstreit Stellung genommen werden, ob im Schadensrecht des BGB einem in erster Linie faktischen, natürlichen Schadensbegriff² oder aber dem im Vordringen begriffenen normativen Schadensbegriff³ der Vorzug zu geben ist. Vielmehr läßt sich streng genommen von einem normativen Schaden solange nicht sprechen, wie

1 Esser, Schuldrecht § 50,1-4

2 so Esser, Schuldrecht 3. Aufl. S.270; Larenz, Schuldrecht S.161; Thomas Raiser a.a.O.; Bydlinski a.a.O.; Kollhosser, AcP 166,277 (285)

3 v.Caemmerer, Kausalzusammenhang a.a.O.; Lange, Hermann a.a.O.; Selb, Regress a.a.O. insbes. S.50,65; ders. NJW 1963, 205b; ders., Individualschaden a.a.O. S.3 ff.; Fikentscher a.a.O. S.236; für den Bereich des Deliktsrechts: Stoll a.a.O.

man nicht dessen Ersatzfähigkeit bejaht hat, im Falle eines Drittschadens also die Drittschadensliquidation anerkannt hat. Das gilt jedenfalls uneingeschränkt dann, wenn man den normativen Schadensbegriff so konsequent wie z.B. Fikentscher ¹ auffaßt, der sämtliche Bestandteile des Schadensersatzanspruchs am Normzweck und Norminhalt orientiert und so zu einer geschlossenen Theorie der Schadenszurechnung (Theorie der Normrelevanz) kommt.

Im übrigen ist es für die Lösung des Drittschadensproblems unerheblich, welchem Schadensbegriff man folgt. Fragt man im einen Fall, ob der beim Dritten entstandene (natürliche) Schaden vom Schuldner zu ersetzen ist, so verschiebt sich im anderen Fall die Frage nach der Ersatzpflicht in den (normativen) Schadensbegriff; der Schaden beim Dritten ist überhaupt kein Schaden im Sinne der Norm, wenn die Norm nicht zum Ersatz des Drittschadens verpflichtet. In beiden Fällen ist die allein entscheidende Sachfrage zu beantworten, ob die Drittinteressen in den Schutz der jeweiligen Norm mit einbezogen werden können oder nicht.

Die Frage nach der rechtspolitischen Erforderlichkeit und systematischen Zulässigkeit der Drittschadensliquidation (Dsl) stellt sich immer dann, wenn die Konsequenzen des Grundsatzes des Gläubigerinteresses als ungerecht empfunden werden. Bis heute ist jedoch, obwohl diese Frage nunmehr seit etwa 110 Jahren ²

¹ Fikentscher, a.a.O. S.236

² s.u. S.50

erörtert wird, nicht völlig geklärt, in welchen Fällen Drittinteressen in die Ersatzpflicht des Schuldners einzubeziehen sind, ob das gerade in der Form der Dsl oder mittels anderer Konstruktionen zu geschehen hat und insbesondere, wie der Ausbruch aus dem Grundsatz des Gläubigerinteresses methodisch zu begründen ist.

Daß die Problembehandlung noch nicht weiter gediehen ist, liegt zu einem nicht unwesentlichen Teil daran ¹, daß man zu lange glaubte und zum Teil bis heute glaubt, ein einheitliches Problem vor sich zu haben, das nach einer einheitlichen Lösung verlange. Zwar unterschied man seit je ² mehrere Fallgruppen und bei diesen läßt heute die Praxis und die allgemeine Meinung in der Wissenschaft die Dsl im wesentlichen in drei Fallkomplexen zu, wenn die Versuche einer Ordnung der Fälle teilweise auch zu anderen Gruppierungen führen: den Fällen der mittelbaren Stellvertretung, der obligatorischen Entlastung und der sog. Obhutsposition. ³ Diese Gruppierung wurde jedoch zunächst nicht zum Anlaß genommen, die Lösung in erster Linie vom Einzelfall und der ihm eigenen Sachproblematik her zu suchen. Die Ursache dieser irrigen Vorstellung ist mit darin

1 Selb, Kritik S.1765

2 Täger, a.a.O. S.37 ff.

3 BGHZ 40,91,100 f.; Fikentscher, a.a.O. S.245 f.; Larenz, Schuldrecht S.175 f.; Esser, Schuldrecht S.180; Brox SAE 1965, 222; Müller, a.a.O. S.295 f.

zu sehen ¹, daß man seit Tägert ² ein gemeinsames Kriterium aller oder doch der meisten Drittschadensfälle gefunden zu haben glaubte, nämlich die sog. Interessen- oder Schadensverlagerung: Dsl sei überall dort oder gar n u r dort zulässig, wo ein Schaden statt beim Verletzten bei einem Dritten entstanden, auf ihn verlagert sei. Dieses Kriterium hat - z.T. mit anderen Formulierungen - Eingang in fast alle Darstellungen der Lehre ³ sowie auch in die Rechtsprechung gefunden ⁴. Spätestens seit dem Aufsatz von Selb "Kritik formaler Drittschadensthesen" ⁵ muß man jedoch bezweifeln, ob damit der richtige Weg eingeschlagen ist. Selb findet eine echte Schadensverlagerung nur bei den Fällen der obligatorischen Entlastung; doch selbst in diesem Rahmen stelle die Verlagerung nur ein formales Argument dar, da die Wertung, ob der Belastete oder der Schädiger den Schaden endgültig zu tragen habe, erst noch zu treffen sei. Auch Gernhuber ⁶ und z.T. Kollhosser ⁷

1 Selb, Kritik S.1765

2 a.a.O. S.35 f., 49

3 Esser, Schuldrecht S.180; Larenz, Schuldrecht S.176; Enneccerus-Lehmann § 17 I 2; Fikentscher, a.a.O. S.245 f.; von Caemmerer, Drittschaden, a.a.O. S.358; Brox, a.a.O. S.222; Mezger, a.a.O.; Palandt-Danckelmann, a.a.O. Vorbem.6 vor § 249; Müller, a.a.O. S.295 f.

4 RGZ 170,246; BGHZ 40,91,100,106

5 a.a.O. S.1765 ff.; teilweise schon in Regreß, S.42-48

6 a.a.O. S.3 f.

7 a.a.O. S.304 f.

wenden sich gegen den Begriff "Schadensverlagerung". Um der Lösung der Dsl-Fälle näher zu kommen, müßten nach Selb sämtliche überkommenen formalen Argumente - er rechnet dazu außer der Schadensverlagerung noch den Begriff des Drittschadens und die These von der Interessenverknüpfung als Argument zur Begründung der Dsl - über Bord geworfen werden. Sodann wären die Sachprobleme jedes Einzelfalles aufzuspüren, bevor man daranginge, die Vielzahl der Probleme nebeneinander zu untersuchen.

Dieser Weg wird offenbar auch von v. Caemmerer¹ und für den Teilbereich der mittelbaren Stellvertretung auch von Coing² eingeschlagen, wobei v. Caemmerer im Wege der Typologie durch Herausarbeitung von Fallgruppen die Grundlage für eine Rechtsfortbildung in den Bereichen, in denen die Berücksichtigung von Drittinteressen erforderlich erscheint, schaffen will. Er benutzt dabei jedoch den Begriff der Schadensverlagerung³ in weiterem Umfange, als Selb es für richtig hält, ohne ihn allerdings als alleiniges, übergeordnetes Kriterium herauszustellen. v. Caemmerer geht bei seiner Untersuchung von vier Fallgruppen aus; den drei bereits genannten fügt er die weitere Gruppe der Treuhandfälle hinzu, die nach seiner Ansicht sowohl mit dem Komplex "mittelbare Stellvertretung" als auch mit der "Obhutsposition" verwandt ist. Dieser Gruppierung schließt sich auch

1 Drittschaden a.a.O. S.341 ff.; im Anschluß an ihn auch Diederichsen a.a.O. S.130

2 Staudinger-Coing, a.a.O. Vorbem. 42 vor § 164

3 v.Caemmerer, Drittschaden, a.a.O. S.351, 358, 367, 370

Kollhosser an.¹

Selb hat mit seinem Aufsatz "Kritik formaler Drittschadensthesen" durch die rigorose Aufdeckung mancher Formalargumente den Anstoß dazu gegeben, den Problembereich der Dsl neu zu überdenken. Wenn er hierdurch auch die vorliegende Arbeit angeregt hat, so bedeutet das allerdings nicht, daß damit auch der bei ihm zu erwartende Lösungsweg beschritten werden soll. Der Aufsatz "Kritik formaler Drittschadensthesen"² läßt zwar nicht erkennen, welche Lösung Selb vorschwebt; Selb bezeichnet ihn als "rein destruktiv"³. Aus anderen Arbeiten⁴ ergibt sich jedoch, daß Selb zu einer neuen Auffassung vom Schadensersatz zu kommen sucht, indem er das vom Individualschaden ausgehende Ausgleichsprinzip durch eine Lehre vom Sozialausgleich ersetzen läßt und damit dem von ihm angestrebten normativen Schadensbegriff⁵ einen neuen Inhalt gibt. Das ist de lege ferenda eine zu beachtende Auffassung. M.E. besteht jedoch für den hier behandelten Teilbereich der Dsl kein Anlaß, vom Prinzip des Individualschadensersatzes abzuweichen, da eine Lösung auf dieser Grundlage möglich ist.

1 a.a.O. S.304 Fn.93

2 a.a.O.

3 a.a.O., S.1771

4 angedeutet schon in Regress, a.a.O. S.49 ff.; ausführlicher in Individualschaden a.a.O.; dazu Diederichsen a.a.O. S.154 ff.

5 Fn 3 zu S.2

II. Die Aufgabe

Mit der vorliegenden Arbeit soll versucht werden, in Rückbesinnung auf den Anfang jeder juristischen Problembearbeitung, nämlich der Herausarbeitung d e r tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten, die zu den konkreten Schwierigkeiten, eben zum Problem führen, zwei Problemgruppen einer am Fall und am Problem orientierten Untersuchung zu unterziehen: die Drittschadensfälle bei der mittelbaren Stellvertretung und bei der Treuhand.

Die Beschränkung der Untersuchung auf nur einen Teil des Problemkreises soll der naheliegenden Versuchung vorbeugen, die Lösung in gemeinsamen Merkmalen zu suchen. Die Zusammenbehandlung von mittelbarer Stellvertretung und Treuhand rechtfertigt sich dadurch, daß beide Gruppen nach der Überzeugung des Verfassers auf völlig gleichen Entstehungsvoraussetzungen beruhen. Besondere Aufmerksamkeit soll bei der Untersuchung der gegenseitigen Abgrenzung dieser Gruppen zukommen, die offenbar, sieht man sich einmal die Einordnung von Fallbeispielen bei v.Caemmerer¹ an, nicht eindeutig geklärt ist. v.Caemmerer spricht auch ausdrücklich die Vermutung aus², daß die Drittschadensfälle (infolge von Vertragsverletzungen) bei der Treuhand in der Praxis vielfach der mittelbaren Stellvertretung zugeordnet würden. Auch hier ist eine Klärung notwendig, denn es scheint, daß schon die eigent-

1 Drittschaden, a.a.O. S.357

2 Drittschaden, a.a.O. S.361

liche Abgrenzung zwischen Treuhand und mittelbarer Stellvertretung - also abgesehen von den Drittschadensfällen - nicht völlig gelungen ist.

B. Analyse der Fallgruppen "Treuhand" und "mittelbare Stellvertretung"

I. Treuhand

Die Treuhandfälle sind bisher sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur nur sehr vereinzelt unter dem Blickwinkel der Drittschadensproblematik behandelt worden. Es soll mit ihnen begonnen werden, da hier die Ursachen für die Entstehung des Problems am deutlichsten zutage treten.

1. Was ist Treuhand?

Welche Fälle zu untersuchen sind, richtet sich danach, was man unter einem Treuhandverhältnis zu begreifen hat. Der Gesetzgeber hat diese Frage an keiner Stelle geregelt.¹ Der Begriff des Treuhandverhältnisses bleibt deswegen den Bemühungen von Rechtsprechung und Lehre überlassen und wird aus dem gleichen Grund nicht überall ganz einheitlich gefaßt; z.T.² beschränkt man

1 Daß eine treuhänderische Rechtsübertragung überhaupt rechtlich möglich ist, wird allerdings vielfach aus § 223 Abs.2 BGB und § 27 Abs.2 Vergl.O. entnommen; Schless, a.a.O. S.93; Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 148 II 1

2 RGRK BGB-Kuhn, a.a.O. § 164 Anm.14,15; Palandt-Degenhart, a.a.O. Einf.7 vor § 929; Reinhardt-Erlinghagen, a.a.O. S.41; Erman-Boehle-Stamschräder, Vorbem.2 vor § 164

sich nur auf *e i n e* Form, die sog. fiduziari-
sche Treuhand, obwohl man nicht bestreitet, daß
auch andere Formen noch als Treuhand im Rechts-
sinne angesehen werden.

Faßt man die immer wieder zur Umschreibung der
Treuhand gebrauchten Merkmale ¹ zusammen, so hat
man ein Treuhandverhältnis anzusehen als ein
Rechtsverhältnis, bei dem einer Person (dem
Treuhandhändler) durch Gesetz oder Rechtsgeschäft
eine Rechtsmacht eingeräumt wird, kraft welcher
sie berechtigt ist, im eigenen Namen aber (min-
destens zugleich) im Interesse oder sogar für
Rechnung eines anderen (des Treuhandbegünstig-
ten, meist Treugebers) wirtschaftlich oder
rechtlich fremde Rechte (nämlich des Treugebers)
auszuüben, wobei sie in bestimmter Weise recht-
lich gebunden ist.

Von dieser Umschreibung soll bei der vorzuneh-
menden Fallbehandlung ausgegangen werden. Dabei
kann hier unentschieden bleiben, ob ein Treu-
handverhältnis nur dann entstehen kann, wenn
das Treugut unmittelbar aus dem Vermögen des
Treugebers in das des Treuhandhändlers gelangt ist
(sog. Unmittelbarkeitsprinzip), was von einigen
als begriffswesentlich ² angesehen, von anderen
aber mit Siebert als bloße Entstehungsvor-
aussetzung ³ behandelt wird. Von manchen wird

1 Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 148 II; Stau-
dinger-Coing, a.a.O. Einl. vor §§ 104 ff.;
Rdz. 60; RGRK BGB-Kuhn, Anm. 14, 15 vor § 164;
Lehmann-Hübner, a.a.O. S. 305; Siebert, a.a.O.
S. 10 ff., 99 ff.

2 RGZ 84, 217; 91, 11; 92, 342; 94, 308; 127, 344;
133, 87; 153, 353, 366; Soergel-Siebert-Schultze,
a.a.O. Anm. 70 vor § 164; Staudinger-Berg,
a.a.O. zu § 929 Rdz. 31; Lehmann-Hübner, a.a.O.
S. 305; RGRK BGB-Kuhn, An. 14 vor § 164

3 Siebert, a.a.O. S. 108 ff.; Palandt-Degenhart,
a.a.O. Einf. 7 D vor § 929

die Notwendigkeit des unmittelbaren Erwerbs des Treuhänders überhaupt geleugnet.¹ Falls ein Fall dazu Anlaß bietet, soll jedoch jeweils auf die Problematik hingewiesen werden.

Die weitgefaßte Umschreibung enthält zwei Grundformen²: die fiduziarische und die offene oder deutsch-rechtliche Treuhand. Die erstere ist praktisch am bedeutsamsten, weswegen sie vielfach allein als Treuhand bezeichnet wird.³ Sie ist dadurch gekennzeichnet, daß dem Treuhänder nach außen hin mehr Rechte übertragen sind, als ihm im Verhältnis zum Treugeber wirtschaftlich zustehen sollen und daß der Treuhänder im Innenverhältnis diesem Zweck entsprechend mit schuldrechtlicher Wirkung (pactum fiduciae) eingeschränkt wird.⁴ So wird z.B. bei der Sicherungsübereignung volles Eigentum übertragen, obwohl wirtschaftlich nur eine pfandrechtliche Sicherung des Erwerbers bezweckt wird.

Bei der deutsch-rechtlichen Treuhand dagegen stimmt die dem Treuhänder übertragene Rechtsmacht in vollem Umfange mit dem wirtschaftlich gewollten überein. Es besteht daher kein "Rechtsüberschuß", der durch eine zusätzliche Vereinbarung mit schuldrechtlicher Wirkung gebunden

1 Assfalg, a.a.O. S.167 ff.; Reinhardt-Erlinghagen, a.a.O. S.47 f.; Staudinger-Coing, a.a.O. Einl. vor §§ 104 ff. Rdz.60 d; Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 148 II; vgl. auch Löwenstein, a.a.O.

2 Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 148 II

3 s.o.S. 9 Fn 2

4 Reinhardt-Erlinghagen, a.a.O. S.41 f.

werden muß. Vielmehr ist die Stellung des Treuhänders aus sich heraus eingeschränkt, denn ihm wird, sieht man auf die in vollem Umfange beim Treugeber verbleibende Rechtsmacht, nur eine Teilbefugnis eingeräumt. So bleibt z.B. bei der Ermächtigung zur Eigentumsübertragung das Eigentum uneingeschränkt beim Treugeber, der Treuhänder wird jedoch befugt - was auch dem wirtschaftlich Gewollten entspricht - , über das Eigentum mit Wirkung gegenüber dem Eigentümer zu verfügen.

Eine weitere Unterscheidung¹ läßt sich nach den mit der Treuhand verfolgten wirtschaftlichen Zwecken treffen. Da sind einmal die Fälle, bei denen dem Treuhänder eine dingliche Sicherung durch Schaffung eines pfandrechtsähnlichen Zugriffsrechts auf bestimmte Gegenstände des Treugebers, der entsprechend in seinen Rechten beschränkt wird, verschafft werden soll (Sicherungs- oder eigennützige Treuhand). Daneben steht die Gruppe der Verwaltungs- oder fremdnützigen Treuhand, bei der dem Treugeber durch Übertragung des Vollrechts die Möglichkeit zur Verwaltung von Vermögensgegenständen des Treugebers eingeräumt wird, sei es, daß der Treugeber diese Rechte nicht selbst ausüben will oder daß er es nicht kann.

Die Formen beider vorgenannten Unterscheidungsgruppen kommen in den verschiedensten Zusammenstellungen vor. Zwar sind nicht alle Kombinationen möglich, doch ist es sicher falsch, die offene Treuhand völlig mit der fremdnützigen oder gar die fiduziarische mit der Sicherungstreu-

¹ Reinhardt-Erlinghagen, a.a.O. S.41 f.

hand gleichzusetzen ¹, obwohl diese Verknüpfung praktisch am häufigsten sein wird. Es steht z.B. nichts entgegen, eine fiduziarische Verwaltungstreuhand zu begründen ².

Diese Ausführungen zeigen, wie verschiedenartig die Fälle sind, die man auf das Vorliegen einer Drittschadensproblematik zu untersuchen hat, will man die sachlichen Gründe für das Entstehen dieses Problems bei der Treuhand aufdecken. Bevor diese Untersuchung nicht durchgeführt ist, kann man jedenfalls nicht von einer geschlossenen Drittschadensgruppe "Treuhand" sprechen, es sei denn im Sinne eines Arbeitstitels. Es zeigt sich also auch im engeren Bereich, was oben ³ schon für das Drittschadensproblem als ganzes festgestellt wurde: Die Untersuchung muß vom Einzelfall ausgehen. Die Gruppenbildung kann nur Hilfsmittel sein.

2. In welchen Fällen tritt das Bedürfnis nach Berücksichtigung des Drittschadens auf?

Um festzustellen, bei welchen Treuhandformen sich die Frage nach dem Ersatz von Drittschäden stellt, ist der Einfachheit halber davon auszugehen, welche Fälle bisher im Schrifttum und in der Rechtsprechung unter diesem Blickpunkt behandelt sind.

¹ so geschieht es bei Lehmann-Hübner, a.a.O. S.253 ff.

² s.u. S. 15

³ S. 8

a) Höchststrichterlich entschiedene Fälle

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1923¹ hatte das Reichsgericht über folgenden Fall zu entscheiden: Die Firma M in Colmar (Frankreich) verkaufte im Jahre 1919 an den Käufer E in Deutschland ein Faß Mirabellensprit zum Preise von 956 Fr., fällig am 20.2.1920. Vor Fälligkeit trat sie ihren Kaufpreisanspruch an die Firma S ab mit der Vereinbarung, daß diese die Forderung am Fälligkeitstage einziehen, den Frankenbetrag in deutsche Währung umwechseln und den Markbetrag in ihrem Geschäft nutzbringend verwenden sollte, bis die Firma M anderweit darüber verfüge. Der Käufer zahlte erst am 31. Mai 1920. An diesem Tage konnte die Firma S wegen des inzwischen gestiegenen Markkurses nur einen wesentlich geringeren Markbetrag erhalten, als sie es am Fälligkeitstage gekonnt hätte. Der Differenzbetrag, den sie vom Käufer als Verzugsschaden verlangte, wurde ihr vom Reichsgericht im Gegensatz zu den Vorinstanzen unter dem Gesichtspunkt der Dsl zugesprochen. Der Schaden, der ja nicht das Vermögen der Firma S, sondern das der Firma M traf, wäre sonst nicht zu ersetzen gewesen, da der Firma M weder vertragliche - die Kaufpreisforderung stand ihr nach der Abtretung nicht mehr zu - noch deliktische Ansprüche gegeben waren.

Rechtlich handelt es sich um eine besondere Form der Inkassozession, eine Vollabtretung lediglich zum Zwecke der Einziehung und zeitweisen Verwaltung des eingezogenen Geldes. Legt man die

1 RGZ 107, 132, 135

oben getroffenen Unterscheidungen zugrunde, hat man sie als eine fiduziarische Verwaltungstreuhand anzusehen. Das Reichsgericht hat den Fall auch klar als Inkassozession erkannt, bei der Begründung der Dsl jedoch lediglich auf das **H a n d e l n** des Treuhänders im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung, das Kennzeichen der mittelbaren Stellvertretung ¹ und ihr angebliches Abgrenzungsmerkmal gegenüber der Treuhand ², abgestellt und damit an die schon vorhandene Rechtsprechung ³ zur mittelbaren Stellvertretung angeknüpft.

Bis heute wird diese Entscheidung ausschließlich für die Dsl bei der mittelbaren Stellvertretung zitiert. Das ist in gewissem Sinne verständlich, da man üblicherweise ⁴ keine besondere Dsl-Gruppe Treuhand kennt. Erstaunlicherweise ordnet aber auch v.Caemmerer ⁵, der, wie schon erwähnt ⁶, mittelbare Stellvertretung und Treuhand

1 Staudinger-Coing, a.a.O. Vorbem.38 u. 59 zu § 164 ff.

2 Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 179 IV; Staudinger-Coing, a.a.O. Vorbem.59 zu § 164

3 OAG Lübeck, SeuffA 11 Nr.36 u.84; ROHG 11,256, 260 u. 14,400; ROHG 17,78,79; RGZ 27,118,125; 40,172,174; 40,187; 58,39,42; 90, 240,246

4 s.o. S.4

5 Drittschaden, a.a.O. S.357 Fn.29

6 s.o. S.6

trennt, diesen Fall zusammen mit allen anderen Abtretungen zur Einziehung oder sicherungshalber - beides typische Fälle der fiduziarischen Treuhand¹ - der Gruppe mittelbare Stellvertretung zu und erwähnt sie im Rahmen der Treuhand überhaupt nicht. Es fragt sich, wo die Grenze zwischen beiden Gruppen zu ziehen ist. Vielleicht ist nur das Handeln im eigenen Namen für fremde Rechnung, was im hier diskutierten Fall mit der Treuhand zusammentrifft, das Ausschlaggebende, so daß eine besondere Drittschadensgruppe "Treuhand" nicht gerechtfertigt ist. Offensichtlich bestehen hier noch erhebliche Unklarheiten.

In RGZ 155,50 war ein Fall zu entscheiden, der eine Sicherungsabtretung betraf. Der Unternehmer E versicherte seinen von der D-AG erworbenen Lkw bei der G-Versicherung zum Zeitwert gegen Fahrzeugschaden. Die Ansprüche aus der Versicherung trat er zur Sicherung des noch rückständigen Kaufpreisrestes an die D-AG ab, wobei vereinbart wurde, "daß eine Auszahlung der Entschädigung ... nur mit Genehmigung der genannten Firma vorgenommen werden durfte". Der Wagen wurde schwer beschädigt. Infolge einer vertragswidrigen Verzögerung der Auszahlung der Versicherungssumme durch die G-Versicherung hatte E erst mehrere Wochen später als bei korrekter Abwicklung sein Fahrzeug wieder zur Verfügung. Den während der Verspätungszeit erlittenen Verdienstausschlag machte er bei der Versicherung geltend.

Das Reichsgericht sprach ihm diesen Anspruch

1 Reinhardt-Erlinghausen, a.a.O. S.41;
 Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 148 II 1 b

dem Grunde nach zu. Interessant dabei ist, daß E nach der Entscheidung einen eigenen Anspruch haben soll. Das Gericht stellte das mit dem lapidaren Satz fest: "Auch den daraus entstehenden Schaden kann der Abtretende geltend machen." Der Gedanke der Dsl tauchte gar nicht auf. Lediglich die Tatsache, daß der Abtretende auch Zahlung an sich selbst sollte verlangen können, schien dem Gericht der Beachtung wert. Es hielt das im konkreten Fall aber auf Grund einer Auslegung der Sicherungsabrede für rechtlich möglich. Der Vorderrichter hatte diese Abrede so ausgelegt, daß der E einen etwaigen Verzugschaden auch ohne Zustimmung der D-AG haben verlangen können. Darin hielt sich das Reichsgericht als Revisionsinstanz gebunden.

Wenn der Fall auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Dsl behandelt wird, so steht doch außer Frage, daß er von seiner Gestaltung her in unseren Themenbereich gehört. Es handelt sich um eine Vollarbretung einer Forderung - was vom Reichsgericht ausdrücklich betont wird -, die aber lediglich zu Sicherungszwecken durchgeführt ist, also um eine fiduziarische Sicherungstreuhand und um die Entstehung eines Schadens bei demjenigen, der infolge der Abtretung nicht Inhaber des verletzten Anspruchs und auch deliktisch nicht geschützt ist.

Eine weitere Variante der Treuhandmöglichkeiten ergibt sich aus der Entscheidung des Reichsgerichts in Deutsche Justiz 1939, 1439 ff., die hier etwas, für das Problem aber unwesentlich, vereinfacht wiedergegeben werden soll. Der Kaufmann E geriet in Zahlungsschwierigkeiten. Er verkaufte deshalb Anfang 1929 eines seiner Grund-

stücke zum Preise von RM 800 000 an die Firma B. Das Grundstück war ungefähr in Höhe des Kaufpreises belastet u.a. mit einer am 30.6.1932 fälligen Hypothek der F-Hypothekenbank in Höhe von RM 225 000.-. Die Fa.B verpflichtete sich zur Zahlung des Kaufpreises sofort bei Auflösung des Grundstücks, da der B-Bankverein, mit dem der E in Geschäftsverbindung stand und dem er ebenfalls einen größeren Betrag schuldete, eine Garantie abgab dahingehend, mit dem an ihn (den B-Bankverein) auf ein "Abwicklungskonto" einzuzahlenden Kaufpreis sämtliche Belastungen noch im Jahre 1929 abzulösen mit Ausnahme der Hypothek der F-Hypothekenbank, die von ihm (dem B-Bankverein) bei Fälligkeit zu zahlen war. Zu dem Zweck trat E seine Ansprüche aus dem Kaufvertrag an den B-Bankverein ab. Bis zur Tilgung der Belastungen sollte der B-Bankverein den Kaufpreis als Treuhänder des E und gleichzeitig zur Sicherung für dessen Gläubiger innehaben und gewinnbringend verwenden. In Erledigung dieses Auftrags gewährte der B-Bankverein einer Stadtgemeinde ein Darlehen von RM 225 000,- rückzahlbar am 1.7.1932. Diese kam mit der Rückzahlung in Verzug. Dadurch entstand dem E ein Schaden, da er den Darlehensbetrag zum Ankauf von Pfandbriefen, mit denen er die Hypothek der F-Hypothekenbank ablösen konnte, verwenden wollte, im Zeitpunkt der Rückzahlung aber nur zu einem ungünstigeren Kurs einkaufen konnte. Den Differenzbetrag machte er, nachdem ihm der B-Bankverein seine Ansprüche aus dem Darlehen abgetreten hatte, gegen die Stadtgemeinde geltend. Das Reichsgericht sprach ihm den Anspruch zu.

Es liegt hier die Besonderheit vor, daß sich das ursprüngliche Treugut, die Kaufpreisforderung,

durch Einziehen des Betrages in das Eigentum an bestimmten Geldstücken oder bei üblichem bargeldlosen Zahlungsverkehr in ein Guthaben des B-Bankvereins und anschließend in eine Darlehensforderung gegen die Stadtgemeinde verwandelt hat. Man müßte daher die Frage nach der unmittelbaren Übertragung des Treugutes vom Treugeber auf den Treunehmer aufwerfen. Das Unmittelbarkeitsproblem stellt sich auch insoweit, als der B-Bankverein zugleich auch als Treuhänder für die Gläubiger des E handeln soll. Das Reichsgericht hat diese Frage entgegen seinen sonstigen Entscheidungen ¹ nicht angeschnitten. Sieht man einmal vom Unmittelbarkeitsprinzip ab, so handelt es sich im vorliegenden Fall um die treuhänderische Innehabung einer Darlehensforderung zum Zwecke der Sicherung aller Gläubiger des E und der Verwaltung zugunsten des E und seiner Gläubiger, also um eine fiduziarische Treuhand mit gemischten wirtschaftlichen Aufgaben. Diese Mischform wird Vergleichstreuhand ² genannt, weil sie ähnliche Zwecke wie der Zwangsvergleich zu erfüllen hat. Der Treuhänder hat hier nicht nur verschiedene wirtschaftliche Aufgaben wahrzunehmen, sondern auch verschiedenen Personen zu dienen. Es sind mehrere Treuhandbegünstigte vorhanden, von denen einer, der E, vorliegend einen Schaden erlitten hat, ohne jedoch Gläubiger des verletzten Anspruchs zu sein.

Hält man sich in diesem Fall jedoch an das Unmittelbarkeitsprinzip, so läßt sich das Drittschadensproblem nicht auf die Treuhand zurück-

1 s.o. S. 10 Fn. 2

2 Reinhardt-Erlinghagen, a.a.O. S.41

führen, vielmehr müßte der Fall dann bei der Gruppe "mittelbare Stellvertretung" eingeordnet werden, denn bei der Darlehenshingabe hat der B-Bankverein notgedrungen als mittelbarer Stellvertreter gehandelt, nämlich im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung. Möglicherweise muß der Fall aber auch, ganz abgesehen von Unmittelbarkeitsprinzip und Treuhand, bei der mittelbaren Stellvertretung eingeordnet werden.¹

Ein Urteil des Bundesgerichtshofs² betrifft einen Fall aus dem Seehandelsrecht. Ein Kaufmann K kaufte aus Übersee eine größere Menge Mais ein und erhielt vom Reeder als Verfrachter vier Konnossemente über insgesamt 4.504,5 t. Vor Erhalt der Ware übertrug er ein Konnossement durch (Blanko)-Vollindossament weiter, und zwar entweder direkt an die Schiffahrts- und Speditionsfirma D mit dem Auftrag, die Ware in Empfang zu nehmen und an sie weiterzuleiten, oder an seinen Abkäufer A, der das Konnossement seinerseits mit dem gleichen Auftrag auf D übertrug.³ Dabei wurde im Innenverhältnis jeweils vereinbart, daß A bzw. D nur einen Anspruch auf "ausgeliefertes Gewicht", also auf die tatsächlich gelöschte Ware erhalten sollte. Es wurde nur ein geringeres Gewicht gelöscht als K eingekauft hatte und als laut Konnossement eingeladen worden war. K klagte die Differenz als seinen Schaden gegen den Reeder ein.

¹ vgl. die Ausführungen zum Mirabellensprit-Fall, o.S. 15 f.

² BGHZ 25, 250 ff., hier etwas vereinfacht wiedergegeben.

³ Der Tatbestand des Urteils enthält diese Alternative; offenbar war der Sachverhalt nicht weiter aufgeklärt worden.

Der Bundesgerichtshof gab der Klage statt. Zwar sei der formelle Schadensersatzanspruch, der ursprünglich dem K als Inhaber des Konnossements zugestanden habe, durch das Vollindossament auf D übergegangen. Diese könne jedoch den Schaden des K liquidieren. K selbst sei aber ermächtigt, den Anspruch in eigenem Namen geltend zu machen.

Auch hier handelt es sich um eine fiduziarische Treuhand, der Verwaltungsfunktionen zugrunde liegen, da A bzw. D die indossierten Rechte, soweit sie über die interne Abmachung hinausgingen, nur im Interesse des Indossanten K geltend machen sollten und ein Sicherungsrecht nicht gegeben war.

Bei v.Caemmerer ¹ findet sich als einziger Fall zum Komplex "Treuhand" noch eine weitere Entscheidung ² erwähnt: Der Kläger kaufte im Auftrage der Frau von Z. für deren Rechnung, aber im eigenen Namen eine Segelyacht und gab sie beim Beklagten in Verwahrung. Dieser veräußerte sie an einen gutgläubigen Dritten. Das Reichsgericht stellte fest, daß der Kläger als "formaler Eigentümer" grundsätzlich berechtigt sei, den Schaden des "materiellen Eigentümers" geltend zu machen. Das gelte jedoch nicht, wenn er den Hintermann nicht schadlos zu halten brauche. Das sei aber hier der Fall, da Frau von Z., wie sich herausstellte, die Veräußerung der Yacht an den Dritten selbst veranlaßt gehabt habe.

Geht man von der herrschenden Auffassung von der Treuhand ³ aus, so ist unverständlich, wieso

1 a.a.O., Drittschaden, S.361 Fn.39

2 RG JW 1910, 1000 Nr.5

3 a.o. S.10

v.Caemmerer, ohne daß er einen anderen Treuhandbegriff zugrundelegt, diesen Fall der Gruppe "Treuhand" eingliedert. Da der Kläger die Yacht nicht aus dem Vermögen der Frau von Z. unmittelbar erhalten, vielmehr nur für diese von einem anderen erworben hatte, wäre das Unmittelbarkeitsprinzip nicht gewahrt, so daß ein Treuhandverhältnis nicht vorgelegen hätte. Die Entscheidung erwähnt das Wort Treuhand auch gar nicht, und bei Selb¹ finden wir diesen Fall bei der mittelbaren Stellvertretung abgehandelt. Möglicherweise hat sich v.Caemmerer durch die Tatsache, daß die Entscheidung von formalem und materiellem Eigentum spricht, Begriffe, die sonst bei der Treuhand auftauchen, zu der anderen Einordnung veranlaßt gesehen. Vielleicht führt aber auch die mittelbare Stellvertretung zu Rechtspositionen, die eine Aufteilung in formales und materielles Eigentum zumindest nahelegen.

Die vorstehend wiedergegebenen Fälle sind die einzigen, die in Rechtsprechung und Literatur unter unserem Blickwinkel erörtert werden. Lediglich bei Fischer² wird noch allgemein die fiduziarische Treuhand erwähnt. Schmidt-Rimpler³ stellt fest, daß das Problem der Dsl nicht nur beim Kommissionsgeschäft und sonstigen Fällen mittelbarer Stellvertretung auftaucht, sondern "überall da, wo jemand einen Vertrag in fremdem Interesse eingeht oder Sachen oder Rechte in

¹ Kritik, S.1767 Fn.13a

² a.a.O. S.88 ff., 87

³ a.a.O. S.898 ff.

fremdem Interesse, oder fremde Rechte mit einem anderen Interesse als dem des Berechtigten innehat, wenn der Vertrag nicht erfüllt oder die Sachen oder Rechte verletzt werden." Mit dieser Umschreibung ist jedenfalls auch der Treuhandkomplex erfaßt, jedoch eine Abgrenzung von der mittelbaren Stellvertretung nicht vorgenommen. Noch stärker verwischt ist die Grenze bei Esser ¹, der keine besondere Treuhandgruppe nennt, deswegen den Mirabellensprit-Fall ² unter der Überschrift "Indirekte Stellvertretung" bringt - übrigens im Tatsächlichen irrig als Beispiel für eine Inkassozession nach Verzugs-eintritt - , jedoch bei allen Fällen der mittelbaren Stellvertretung mit dem angeblichen Treuhandcharakter dieser Institution arbeitet. Fikentscher ³ beschränkt sich auf eine Verweisung auf die Darstellung von v.Caemmerer.

b) Weitere Fälle

Das Drittschadensproblem ist nach dem Gesagten in Rechtsprechung und Schrifttum bisher nur bei drei Treuhandgruppen behandelt worden: der fiduziarischen Verwaltungstreuhand, der fiduziarischen Sicherungstreuhand und der Mischform der sog. Vergleichstreuhand, auch einer Treuhand mit fiduziarischem Einschlag. In allen dreien ist die Notwendigkeit, den Drittschaden zu berücksichtigen, zu berücksichtigen.

1 Schuldrecht 2.Aufl. § 50,7. In der 3.Aufl., § 43 II übernimmt er die Einteilung von Caemmerers.

2 RGZ 107,132

3 a.a.O. S.245

sichtigen, bejaht worden.

Die Betrachtung hierzu ist jedoch noch nicht vollständig. Zwar entstammen die behandelten Fälle den drei verschiedenen Formen der fiduziarischen Treuhand, doch handelt es sich beim Treugut jedesmal um ein Recht, einen Anspruch, dessen Verletzung durch den Schuldner zu einem Schaden beim Treugeber führt. Zur Vollständigkeit müßten bei diesen drei Gruppen außerdem die Auswirkungen von vertraglichen und deliktischen Verletzungen ins Auge gefaßt werden, die eine Sache als Treugut betreffen.

aa) Verwaltungstreuhand

Für die Verwaltungstreuhand fällt es nicht schwer, Fälle zu konstruieren, bei denen man ohne Berücksichtigung des Drittinteresses nicht zu gerechten Ergebnissen kommt. Man bilde nur den oben ¹ erwähnten Segelyachtfall so um, daß die Yacht von der Frau v.Z. direkt auf den Kläger zu treuen Händen übertragen wird, so daß das Unmittelbarkeitsproblem nicht auftaucht. Wird das Schiff jetzt in der Hand des Treuhänders durch das deliktische Verhalten einer Person oder während einer Verwahrung, einer Reparatur oder einer Vermietung pp. von dem Vertragspartner schuldhaft beschädigt, so steht man vor der gleichen Situation: Der Treugeber hat den Schaden, da er den Sachverlust zu tragen hat, ist aber weder vertraglich noch deliktisch geschützt. Der Treuhänder hat jedoch zumindest in der Regel

1 S. 21

keinen Schaden, obwohl er als Vertragspartner und Eigentümer ausreichend geschützt ist.

Das sind die Fälle, die v.Caemmerer ¹ bei seiner Untersuchung im Auge hat. Auch hier ist wiederum ² zu fragen nach der Abgrenzung von Treuhand und mittelbarer Stellvertretung, denn sobald der Treuhänder rechtsgeschäftlich tätig wird, kann man ihn möglicherweise auch als mittelbaren Stellvertreter ansehen ³.

Es macht dabei keinen Unterschied, ob sich der Schaden auf den reinen Sachschaden beschränkt oder ob er durch weitere Folgen im Vermögen des Treugebers darüber hinausgeht. In der Praxis wirkt es sich dennoch unterschiedlich aus. Bei einem reinen Sachschaden entsteht das Drittschadensproblem häufig deswegen nicht, weil der Liquidierende bei der Geltendmachung des Schadens das Treuhandverhältnis in der Regel nicht aufdecken wird, da er den entstandenen Schaden objektiv anhand der Minderung des Sachwertes berechnen und darlegen kann. Er braucht die besonderen Vermögensverhältnisse des Geschädigten praktisch ebenso wenig zu berücksichtigen, wie in den allerdings seltenen Fällen, in denen das Gesetz den Ersatz des objektiven Schadens, gemessen am gemeinen Wert, anordnet, so z.B. bei der Möglichkeit der abstrakten Schadensberechnung. ⁴

1 a.a.O., Drittschaden, S.360 f.

2 s.o. S.15 und S. 19 f.

3 v.Caemmerer, Drittschaden, a.a.O. S.362 oben sieht auch eine Verwandtschaft zur Obhutssposition. Dieser Frage kann hier nicht nachgegangen werden, da sie über den gesteckten Rahmen der Arbeit hinausgeht, s.o. S.8

4 v.Caemmerer, Drittschaden, a.a.O. S.351 f.

bb) Sicherungstreuhand

Tritt ein Sachschaden im Rahmen der Sicherungstreuhand, also bei der Sicherungsübereignung auf, muß genauer differenziert werden, da es sich im Vergleich zur Verwaltungstreuhand um kompliziertere Interessenüberschneidungen handelt.

(1) Der Treuhänder hat die Sache in Besitz

Am klarsten ist der Fall, daß der Treuhänder die ihm sicherungsübereignete Sache selbst in Besitz hat. Das ist zwar eine für die Sicherungsübereignung nicht typische Gestaltung, da die Figur der Sicherungsübereignung von ihrer historischen Entstehung her gesehen ¹ wirtschaftlich als besitzloses Pfandrecht dienen soll; sie ist aber rechtlich möglich und gedanklich für das Entwickeln des Problems bedeutsam, da sie der Gestaltung der Verwaltungstreuhand am nächsten kommt.

Wird die Sache aufgrund deliktischen Verhaltens einer Person beschädigt oder gibt der Sicherungseigentümer die Sache bei einem Dritten in Verwahrung, in Reparatur und wird sie dort infolge Verschuldens des Dritten beschädigt oder zerstört, so stellt sich die Frage, wen die Sachbeschädigung bzw. der Sachverlust trifft. Das ist einmal der Sicherungseigentümer. Er hat ein Sachinteresse, das sich allerdings an seinem

¹ Staudinger-Spreng, a.a.O. Vorbem.6 vor § 1204, Anm.2 zu § 1279

Sicherungsinteresse orientiert und deshalb bei einer Übersicherung, z.B. regelmäßig nach teilweiser Rückzahlung der gesicherten Forderung, geringer sein kann als der Sachwert oder als der für eine Reparatur aufzuwendende Betrag. Das Eigentümerinteresse braucht ja durchaus nicht mit dem Sachinteresse identisch zu sein, und zwar auch nicht bei "normalem", also nicht durch eine Sicherungsabrede gebundenen Eigentum. Das zeigt z.B. deutlich der im Rahmen der Obhutssposition ¹ erörterte Fall, daß ein vermachter Gegenstand zerstört wird, bevor er auf den Vermächtnisnehmer übertragen war. Der Erbe als Eigentümer ist überhaupt nicht geschädigt.

Doch auch der Treugeber hat ein Sachinteresse, und zwar in voller Höhe des Sachwertes, denn er hat den Sachverlust im Ergebnis zu tragen, wenn der Verantwortliche etwa aus tatsächlichen Gründen nicht in Anspruch genommen werden kann, und bleibt außerdem zur Zahlung der gesicherten Schuld verpflichtet.

Das Interesse des Sicherungseigentümers ist vertraglich oder deliktisch oder aus beiden Gründen geschützt.

Für den Sicherungsgeber scheidet ein vertraglicher Schutz von vornherein aus. Ist die Sicherungsklausel außerdem so gefaßt, daß der Treugeber nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Rückübereignung des Sicherungsgegenstandes im Zeitpunkt der Schuldtilgung hat, so entfällt auch, sieht man von den seltenen sittenwidrig

¹ v. Caemmerer, Drittschaden, a.a.O. S. 362, 364 f.

absichtlichen Schädigungen ab, jeder deliktische Anspruch. Hier erscheint eine Einbeziehung des Interesses des Treugebers in den Schutz der Ansprüche des Trenehmers unumgänglich, denn sobald das Eigentümerinteresse des Trenehmers geringer ist als der tatsächliche Schaden, brauchte dieser über das Interesse des Trenehmers hinaus nicht ersetzt zu werden. Der Treugeber ginge leer aus.

Sieht die Sicherungsklausel, wie heute wohl meist üblich, vor, daß das Eigentum am Sicherungsgegenstand auflösend bedingt ist, d.h. mit Zahlung der gesicherten Schuld automatisch an den Treugeber zurückfällt, so hat dieser eine dingliche Anwartschaft auf Eigentumserwerb. Diese genießt als sonstiges Recht i.S. des § 823 BGB deliktischen Schutz ¹. Es fragt sich, ob damit das Erfordernis, den Schutzbereich der Ansprüche des Trenehmers auf den Schaden des Dritten, hier des Treugebers, auszudehnen, entfällt.

Decken sich die beiden Sachinteressen, so könnte man die Frage bejahen, denn da sie sich auf dieselbe Sache beziehen, würde die Befriedigung des einen gleichzeitig auch zur Befriedigung des anderen dienen und ausreichen. Eine andere Frage ist es, wie die Konkurrenz der beiden Ansprüche zu lösen ist, damit dem Sicherungsinteresse des Trenehmers genügt wäre.

Ist das Sicherungsinteresse des Trenehmers dagegen geringer als der eingetretene Sachschaden, so wäre der Treuehmer für sich allein z.B.

¹ Raiser, Ludwig, a.a.O. S.18; allgem.Meinung

nicht in der Lage, die vollständige Wiederherstellung der Sache zu verlangen, müßte sich vielmehr mit einer Teilreparatur begnügen. Der Treugeber dagegen hätte die Möglichkeit, vollen Schadensersatz zu erlangen, wobei der Treunehmer Gefahr liefe, leer auszugehen. Ein Ergebnis, das offensichtlich unpraktisch ist und dem Sicherungscharakter der Beziehungen zwischen den Parteien des Sicherungsverhältnisses nicht gerecht wird.

Es ist zweifelhaft, ob hier die Anerkennung einer Dsl die sachgerechte Lösung ergeben würde.

Ganz zu Anfang ¹ ist gesagt worden, daß der Ruf nach Einbeziehung von Drittschäden in die Ansprüche des vertraglich oder deliktisch Geschützten dann erhoben wurde, wenn auf andere Weise der für notwendig erachtete Schutz des Dritten nicht erreicht werden konnte. Die Dsl soll also dem Dritten dienen. Im vorliegenden Fall ist jedoch der Schutz des Treunehmers, des Anspruchsberechtigten, gefragt. Zur Erreichung dieses Schutzes mit dem Gedanken der Dsl zu arbeiten, wäre verfehlt. Der sachgemäße Lösungsgesichtspunkt zeigt sich, wenn man sein Augenmerk auf die besondere Verknüpfung des Sachinteresses von Treugeber und Treunehmer richtet. Läßt man nämlich auch die Ansprüche, die diesen Interessen dienen, miteinander verbunden sein, so erhält man vernünftige Ergebnisse. Baur ² zieht demgemäß in dem ähnlichen Fall des Verhältnisses zwischen Vorbehaltsverkäufer und -käufer

1 s.o.S.3

2 a.a.O. § 59 V,5

den Gedanken der gemeinschaftlichen Förderungsberechtigung des § 432 BGB analog heran. Die zu fordernde Leistung ist zu Recht, auch wenn es sich um eine Geldforderung zur Wiederherstellung des Sachschadens handelt, als unteilbare Leistung anzusehen, da bei einer Teilung das Sicherungsverhältnis zwischen den Geschädigten unbeachtet bliebe. Die Leistung kann somit nur von beiden verlangt und an beide erbracht werden, was bedeutet, daß sie sich über die Geltendmachung einigen müssen. Die gleiche Auffassung vertreten auch Ludwig Raiser¹ (für den Vorbehaltskauf) und v.Caemmerer². Das führt dazu, daß der Treugeber den Treuneher wegen der Sicherungsabrede bevollmächtigen muß, die Forderung zur Wiederherstellung allein geltend zu machen.³

Allerdings ist damit das Problem des Drittschadensersatzes für diesen Fall nicht praktisch umgegangen. Zwar kann der Sicherungseigentümer auf dem vorbeschriebenen Weg vollen Ersatz des Sachschadens erlangen, wenn der Anspruch des Treugebers auch tatsächlich voll durchsetzbar ist. Ist er das aber nicht, gewinnt vielmehr der unterschiedliche Charakter beider Ansprüche (vertraglich-deliktsch) Bedeutung, etwa weil sich der Schädiger nach § 831 BGB exkulpieren kann oder weil die Durchsetzung des Anspruchs des Treugebers auf Beweisschwierigkeiten stößt, so kommt man ohne das Recht des Treunehmers, in

1 a.a.O. S.79 ff., 83

2 a.a.O., Drittschaden S.361, Fußn.40

3 Zum gleichen Ergebnis würde die ebenfalls denkbare entsprechende Anwendung des § 1281 BGB führen.

seinen Anspruch auch den Schaden des Treugebers mit einzubeziehen, nicht zu sachlich befriedigenden Ergebnissen. Das gilt auch, wenn der Treugeber einen über den Sachschaden hinausgehenden Schaden erleidet. Handelt es sich allerdings bei beiden um deliktische Ansprüche, die aus den obigen Gründen nicht durchsetzbar sind, so ist selbstverständlich auch nicht mit der Dsl zu helfen.

Wenn ein über den Sachschaden hinausgehender Vermögensschaden beim Treugeber entsteht, kommt es insoweit sowieso zu keiner gemeinsamen Forderungsberechtigung i.S.d. § 432 BGB. Dann besteht ein Bedürfnis für Zulassung der Dsl in allen Fällen, in denen ein möglicher deliktischer Anspruch des Treugebers nicht ausreicht, während der des Trenehmers größere Möglichkeiten bietet.

(2) Der Treugeber hat die Sache in Besitz

Beim Normalfall ¹ der Sicherungsübereignung, bei dem die Parteien unter Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses den Besitz am Sicherungsgegenstand beim Treugeber belassen haben, ist die Verteilung des Sachinteresses die gleiche wie oben ² beschrieben; der Treugeber hat das volle Sachinteresse, das des Trenehmers ist an seinem Sicherungsinteresse orientiert.

Der Fall unterscheidet sich jedoch von der vorstehend beschriebenen Situation (sowie von der

1 s.o. S.26

2 s.o. S.26 ff.

Verwaltungstreuhand) dadurch, daß hier in der Regel dem Treugeber und nicht dem Treuhänder die stärkeren, d.h. die weiterreichenden, und leichter durchsetzbaren Ansprüche zustehen, denn er schließt als Besitzer der Sache Verträge mit der Reparaturwerkstatt, mit dem Verwahrer. Dadurch ist er auch Inhaber von vertraglichen Schadensersatzansprüchen, während der Sicherungseigentümer nur deliktisch geschützt ist. Der deliktische Schutz besteht jedoch im Gegensatz zum obigen Fall, bei dem es darauf ankommt, ob der Treugeber ein Anwartschaftsrecht innehat oder nicht, stets, da der Treuhänder Eigentümer ist. Dazu hat der Treugeber als Besitzer und zumeist Anwartschaftsberechtigter ¹ auch noch den Schutz des § 823 I BGB. Die Frage nach der Notwendigkeit des Drittschutzes taucht hier daher seltener auf, nämlich dann, wenn das (am Sicherungsinteresse orientierte) Sachinteresse des Sicherungseigentümers durch seinen deliktischen Ersatzanspruch im Vergleich zum vertraglichen Anspruch des Treugebers nicht oder nur geringer geschützt ist. Hat z.B. der Schuldner die an den Gläubiger sicherungsübereignete Sache zur Reparatur gegeben und sich von der Werkstatt den Erfolg einer riskanten Reparatur, bei der die Sache selbst gefährdet ist, zusichern lassen, so kann er bei Eintritt des Schadens aufgrund der Zusicherung Ersatz verlangen. Ein Verschulden der Werkstatt, das einen Deliktsanspruch des Gläubigers auslösen könnte, braucht dabei nicht vorzuliegen. Hier könnte man daran denken, mit der Konstruktion der Dsl zu helfen, indem nämlich der Treugeber berechtigt ist, den Schaden des Sicherungseigentümers mit seinem vertragli-

¹ s.o. S.28

chen Anspruch geltendzumachen. Dennoch bedarf es dieser Konstruktion nicht, soweit es ausschließlich um den reinen Sachschaden geht. Da nämlich das Sachinteresse des Treugebers dem des Trenehmers stets mindestens gleich ist, wird, sobald der Treugeber seinen Anspruch durchsetzt - und dazu ist er dem Trenehmer gegenüber verpflichtet - auch das Interesse des Trenehmers gleichzeitig befriedigt.

Ein Bedürfnis, den Schaden des Sicherungseigentümers in den Schutz der Ansprüche des Treugebers einzubeziehen, besteht daher nur, soweit es sich um einen über den Sachschaden hinausgehenden Vermögensschaden des Sicherungseigentümers handelt. Bei dieser Konstellation geht es offenbar um die Frage einer Dsl, ausgelöst von einem Fall, der dem Treuhandkomplex zugehört. Fraglich ist jedoch, ob es sich um ein typisches Treuhandproblem handelt. Nur das soll ja Gegenstand dieser Untersuchung sein. Zunächst fällt auf, daß wir bei dieser Gestaltung im Gegensatz zu allen bisher erörterten Fällen nicht fragen, ob der Treuhänder einen bestimmten Schaden des Treugebers liquidieren kann, sondern ob der Treugeber einen Schaden des Treuhänders geltendmachen darf. Nicht die Position des Treugebers, sondern die des Treuhänders erscheint nicht ausreichend geschützt. Sodann findet sich als Unterschied zu den bisher behandelten Fällen, daß sich das Treugut nicht in der Hand des Treuhänders, sondern aufgrund eines Besitzmittlungsverhältnisses in der Hand des Treugebers befindet, was, wie oben ¹ gezeigt,

1 S. 32

auch die stärkere Anspruchsposition auf den Treugeber verlagert. Es scheint, daß das hier aufgetauchte Drittschadensproblem gar nichts mit den Eigenheiten der Treuhand zu tun hat, vielmehr bloß als eine Folge des Auseinanderfallens von Eigentümer- und Besitzerinteresse anzusehen ist.

Sieht man die Fälle ¹ an, die im Rahmen der Obhutsposition erörtert werden und die zu dieser Gruppierung geführt haben, so findet man diesen Zweifel bestätigt. Die gleiche Problemlage tritt nämlich unabhängig von einer Treuhänderstellung auf, sei es, daß jemand fremdes Gut als Mieter, Leihverleiher usw. einlagert, zur Gepäckaufbewahrung oder zur Reparatur gibt, oder daß er als Gast Sachen ins Hotel einbringt ², die er geliehen, gemietet oder unter Eigentumsvorbehalt gekauft hat. Den typischen Fall der Sicherungsübereignung, bei dem nämlich der Sicherungsgegenstand in der Hand des Treugebers verbleibt, kann man daher in der vorliegenden Untersuchung außer acht lassen, denn er gehört - das kann man ohne tieferes Eindringen in die Probleme dieses Komplexes und dessen Abgrenzung sagen - in den hier nicht zu untersuchenden Komplex der sog. Obhutsposition.

Auch v. Caemmerer ³ führt ihn bei dieser Gruppe

¹ v. Caemmerer, Drittschaden, a.a.O. S.365 f.

² Bei der Gastwirtschaftung ist das Problem inzwischen durch Neufassung des § 701 BGB (Gesetz v.24.3.1966, BGBl.S.181) beseitigt worden, da schon nach der Gesetzesfassung schlechthin jeder Schaden, nicht nur der des Gastes, zu ersetzen ist; vgl. Weimar, a.a.O. S.1155 f.

³ a.a.O., Drittschaden, S.366

auf. Im Kapitel "Treuhand" ¹ differenziert er die Fälle der Sicherungstreuhand nicht, erwähnt nur, daß der Drittschutz bei der Verwaltungstreuhand noch wichtiger als bei der Sicherungstreuhand sei, weil der Dritte meist noch deliktsrechtlich geschützt sei. Das trifft aber für alle Fälle der Sicherungsübereignung zu, nicht nur für den, den wir hier der Obhutssposition zugeordnet haben, so daß v.Caemmerer damit diesen Fall auch nicht besonders hat hervorheben wollen. Am Schluß des Treuhandkapitels betont v.Caemmerer ² noch, daß die Treuhandgruppe, soweit es sich um vertragliche Ansprüche des Treuhänders handelt, zugleich mit der Gruppe "Obhutssposition" verwandt sei. Auch damit kann er nicht unseren Fall gemeint haben, denn dabei geht es um vertragliche Ansprüche nicht des Treuhänders, sondern des Treugebers.

cc) Vergleichstreuhand

Für die Vergleichstreuhand gelten keine Besonderheiten. Da sie sich als Mischform von Verwaltungs- und Sicherungstreuhand darstellt ³, treten bei ihr die gleichen Interessenverdoppelungen an einer Sache auf wie bei der Sicherungstreuhand. In der Regel wird sich die Sache jedoch beim Treuhänder befinden, so daß die Obhutssposition für diesen Fall nicht in Frage kommt.

dd) Offene Treuhand

Einzugehen ist nun auf die Frage, ob auch bei der offenen Treuhand, bei der ja wirtschaftliches

1 a.a.O., Drittschaden, uS.361 und dort Fn.40

2 a.a.O., Drittschaden, S.361 f. 3 s.o.S.19

Ziel und rechtliche Form übereinstimmen ¹, das Problem des Drittschadensersatzes besteht.

Hauptform der offenen Treuhand ist die Ermächtigung ², d.h. die Überlassung der Verfügungsgewalt vom Treugeber auf den Treuhänder, wobei jedoch der Treugeber weiterhin Verfügungsberechtigt bleibt. Es wird, um einen Ausdruck Sieberts ³ zu gebrauchen, die Rechtszuständigkeit des Treugebers in keiner Weise rechtlich eingeschränkt, es tritt nur die Rechtszuständigkeit einer weiteren Person, die des Treuhänders, neben die seine. Es ändert sich an der dinglichen Rechtsstellung des Treugebers im Gegensatz zu allen Fällen der fiduziarischen Treuhand nichts, er allein bleibt Eigentümer bzw. Inhaber des Rechts. Das hat selbstverständlich zur Folge, daß ihm sämtliche deliktischen Schadensnormen unverändert weiter zur Verfügung stehen. Lediglich besitzrechtlichen Schutz verliert er, wenn es sich um eine Sache handelt und diese dem Treuhänder zur Ausübung der Ermächtigung übergeben wird. Als Eigentümer bleibt er ausreichend deliktisch geschützt.

Das Bild würde sich auch bei vertraglicher Haftung nicht ändern, wenn es sich beim Treugut um einen obligatorischen Anspruch handeln und dieser

1 s.o. S.11 f.

2 Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 148 II,2; Staudinger-Coing a.a.O. Einl.vor § 104 Anm.60 n hält die Testamentsvollstreckung für die Hauptform. Nach h.M. ist der Testamentsvollstreckter jedoch Träger eines privaten Amtes, Staudinger-Dittmann a.a.O. Vorbem.12-15 vor § 2197; BGHZ 13,203

3 Siebert a.a.O. S.22,402

vom Schuldner verletzt würde. Dieser Fall ist nur denkbar bei der Ermächtigung zur Forderungseinziehung, deren Zulässigkeit aber rechtlich sehr umstritten ist ¹. Würde die Forderung vom Schuldner verletzt, so träfe der Schaden zwar den Treugeber, dieser wäre aber auch als Anspruchsinhaber nach wie vor obligatorisch geschützt.

Ist das Treugut jedoch eine Sache, gibt z.B. der Eigentümer seine Sache an einen Mittelsmann und ermächtigt diesen, darüber zu verfügen, so ist ohne weiteres der Fall denkbar, daß diese Sache etwa bei Verkaufsverhandlungen vom Kaufinteressenten beschädigt wird. Der Schaden trifft dann (meist ausschließlich) den Treugeber als Eigentümer, während der vertragsähnliche und damit meist vorteilhaftere Ersatzanspruch (culpa in contrahendo) dem Treuhänder als Vertragspartner zusteht. Die Einbeziehung des Treugeberinteresses in diesen Ersatzanspruch würde zu einer gerechten Lösung führen. Nur eine oberflächliche Betrachtung kann jedoch dieses Problem als Folge der offenen Treuhand ansehen. Die Ermächtigung als solche gibt, wie gezeigt wurde, nur die **B e f u g n i s** zur Einwirkung auf einen fremden Rechtskreis, schafft darüber hinaus aber noch keine Änderung. Erst das weitere Handeln des Ermächtigten führt zur problematischen Situation. Dieses Handeln ist aber notwendig das

1 Ablehnend Larenz, Schuldrecht, a.a.O. S.356; Esser, Schuldrecht, a.a.O. 3.Aufl. S.424; mit Einschränkung bejahend Fikentscher a.a.O. S.295; bejahend Staudinger, Coing, Vorbem. 63 d zu § 164

eines mittelbaren Stellvertreters. In diese Gruppe haben wir den Fall daher einzuordnen, möglicherweise jedoch auch in die der Obhutsposition. Beide Gruppen scheinen sich hier zu überschneiden. An dieser Stelle genügt es festzustellen, daß die offene Treuhand in der Form der Ermächtigung als solche nicht zum Drittschadensproblem führt.

Bei einigen Schriftstellern ¹ finden wir im Abschnitt über die offene Treuhand noch die Fälle der auflösend bedingten Rechtsübertragungen erwähnt, wobei als auflösende Bedingung hauptsächlich die vereinbarungswidrige Verfügung des Treuhänders vorgesehen ist. Zweifellos wird hier in gewissem Umfange die für die offene Treuhand charakteristische absolute Beschränkung der Befugnisse des Treuhänders ² erreicht, denn sobald sich dieser über die schuldrechtlichen Vereinbarungen hinwegsetzt, entfallen seine dinglichen Befugnisse im gleichen Augenblick. Auf der anderen Seite läßt sich aber nicht leugnen, daß er bis zu diesem Ereignis eine den wirtschaftlichen Zweck überschießende Rechtsmacht innehat, denn eine Ermächtigung hätte zur Erreichung des gleichen Zweckes ausgereicht. Die auflösend bedingte Rechtsübertragung der vorliegenden Form hat daher fiduziarischen Charakter. ³ Das Drittschadensproblem entsteht als Folge des fiduziarischen

¹ Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 148 II,2;
 Staudinger-Coing, a.a.O. Einl.60 u vor § 104 ff;
 Staudinger-Berg, a.a.O. zu § 929 Rdz.31

² Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 148 II,2

³ Staudinger-Berg, a.a.O. zu § 929 Rdz.31

Rechtsüberschusses. Mit der absoluten Beschränkung durch Vereinbarung einer auflösenden Bedingung, also dem Wesensmerkmal dieser offenen Treuhand, hat das Problem nichts zu tun.

Coing ¹ hält es auch für möglich, daß beim Hauptfall ² der offenen Treuhand, der Ermächtigung, ein fiduziarischer Einschlag gegeben sein kann. Da das Wesen der fiducia nicht eigentlich in der Vollrechtsübertragung liege, sondern darin, daß der Treuhänder im Verhältnis zu Dritten einen Überschuß an Befugnissen erlange, könne man von einem fiduziarischen Geschäft auch sprechen, wenn der Treuhänder nur Teilbefugnisse erhalte, sofern diese nur trotzdem über den beabsichtigten Zweck hinausgingen. Wie ist das bei der Ermächtigung möglich?

Ihr Zweck geht dahin, sich bei der Verfügung über bestimmte Gegenstände einer dritten Person zu bedienen, um nicht selbst handeln zu müssen. Das kann ebenso gut durch Vollmachtserteilung geschehen. Zwar bietet die Ermächtigung im Gegensatz zur Vollmacht auch die Möglichkeit, daß der Auftraggeber verdeckt im Hintergrund bleibt, wenn der Ermächtigte als mittelbarer Stellvertreter handelt und das Vertretungsverhältnis nicht offenlegt. Das ist aber nicht unabdingbares Merkmal der Ermächtigung, und es läßt sich nicht etwa sagen, die rechtliche Form der Ermächtigung sei gewissermaßen zweckentfremdet, nämlich nur zur Wahrnehmung der Aufgaben einer Vollmacht be-

1 Staudinger-Coing, a.a.O. Einl.vor § 104 Anm. 60 d

2 siehe Fn. 2 auf S. 36

nutzt worden, wenn der Ermächtigte sein Auftragsverhältnis offenlegt. Bei der Einziehungsermächtigung¹, die Coing insbesondere erwähnt, ist es aus Gründen der Relativität des Schuldverhältnisses gar nicht möglich, das Auftragsverhältnis verdeckt zu lassen. Es zeigt sich hier besonders deutlich, daß beide Rechtsgestaltungen - falls man die Einziehungsermächtigung überhaupt zuläßt - gleichwertig nebeneinander stehen. Eine andere, schwächere Möglichkeit zur Durchführung der von ihnen wahrgenommenen Aufgaben gibt es in unserer Rechtsordnung jedoch nicht. Eine fiduziarische Anwendung der Ermächtigung ist daher im Gegensatz zur Auffassung Coings nicht vorstellbar.

c) Zusammenfassung

Damit sind sämtliche Treuhandfälle auf die Möglichkeit der Drittschadensentstehung untersucht. Zusammenfassend läßt sich als Zwischenergebnis folgendes feststellen:

1. Das Bedürfnis, den Schädiger mit dem Schaden des Treugebers zu belasten, ergibt sich bei der fiduziarischen Verwaltungstreuhand sowohl bei Verletzung vertraglicher Ansprüche des Treuhänders, als auch bei Verletzung von deliktisch geschützten Rechtsgütern.

Dabei macht es bei Sachbeschädigungen rechtlich keinen Unterschied, ob nur ein reiner Sachschaden oder ein dadurch verursachter weiterer Vermögensschaden entsteht. Praktisch besteht je-

¹ Zur umstrittenen Frage ihrer Zulässigkeit siehe Fn.1 auf S.37.

doch insofern ein Unterschied, als bei einem reinen Sachschaden selten Schwierigkeiten auftauchen, weil der Treuhänder bei der Schadensberechnung das Treuhandverhältnis und damit die Vermögensverhältnisse des Treugebers nicht aufzudecken braucht.

2. Bei der Sicherungstreuhand muß unterschieden werden:

Bei der Verletzung eines vertraglichen Anspruchs als Treugut besteht kein Unterschied zum gleichen Fall bei der Verwaltungstreuhand.

Ist das Treugut eine Sache und befindet sie sich in Abweichung vom Normalfall in der Hand des Treuhänders, so besteht ein Bedürfnis nach der Einbeziehung des Drittinteresses einmal dann, wenn der Treugeber bezüglich des Sicherungsgutes nur einen schuldrechtlichen Rückübertragungsanspruch bei Wegfall des Sicherungsinteresses hat, zum anderen dann, wenn die Sicherungsübereignung zwar auflösend bedingt mit Wegfall des Sicherungsinteresses ist, das Sicherungsinteresse des Treuhänders aber geringer ist als der dem Treugeber entstandene Schaden.

Hat der Treugeber die Sache aufgrund eines Besitzmittlungsverhältnisses zwischen ihm und dem Treuhänder selbst in Händen, so kann zwar die Einbeziehung des Drittinteresses u.U. auch erforderlich sein, doch nicht als Folge der Treuhandproblematik. Vielmehr gehören diese Fälle in den Rahmen der unter dem Titel Obhutsposition zu behandelnden Fälle.

3. Für die Vergleichstreuhand, die Mischform von Verwaltungs- und Sicherungstreuhand, gilt das

vorstehende entsprechend.

4. Die offene Treuhand in der Form der Ermächtigung führt als solche nicht zum Drittschadensproblem. Handelt es sich jedoch um eine üblicherweise als "offene" bezeichnete Treuhand in der Form der auflösend bedingten Rechtsübertragung, wo eine gewisse absolute Beschränkung der Befugnisse des Treuhänders durch die Vereinbarung der Bedingung eintritt, so entsteht das Drittschadensproblem als Folge des fiduziarischen Charakters dieser Treuhand.

3. Worauf ist die Entstehung des Problems zurückzuführen?

Betrachten wir das vorstehende Ergebnis, so zeigt sich, daß das Bedürfnis, die Schäden Dritter in irgendeiner Form in die Ersatzpflicht des Schuldners mit einzubeziehen, wohl durch die Besonderheiten der fiduziarischen Treuhand hervorgerufen werden kann, nicht aber durch die der offenen Treuhand. Vergegenwärtigt man sich den Unterschied ¹ zwischen beiden Treuhandformen, so liegt die Antwort auf die Frage, was denn nun das Drittschadensproblem bei der fiduziarischen Treuhand hervorruft, auf der Hand: Es ist die Diskrepanz zwischen der Rechtsübertragung nach außen und dem wirtschaftlich Gewollten im Innenverhältnis, dem nur durch eine schuldrechtliche Bindung Rechnung getragen wird. Diese besagt, daß die überschießende Rechtsmacht des Treuhänders nur für Rechnung des Treugebers innegehabt und gegebenenfalls ausgeübt werden soll. Mit einer treffenden Formulierung von Schless ² kann man

1 s.o.S.11

2 a.a.O. S.42

noch prägnanter sagen: Das Drittschadensproblem bei der fiduziarischen Treuhand ist eine Folge der für diese typischen "Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung".

Um Mißverständnissen vorzubeugen, ist darauf hinzuweisen, daß Schless diese Formulierung in anderem Sinne gebraucht, als das hier der Fall ist. Schless definiert die Treuhand als Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, beide sind für ihn identisch. Er geht also davon aus, daß die Rechtssätze, die üblicherweise in ihrer Zusammenfassung das Rechtsinstitut der Treuhand ausmachen - als Rechtsinstitut kann man "den Inbegriff der auf die Rechtsverhältnisse einer bestimmten Art bezüglichen Rechtsvorschriften" ¹, einen Normenkomplex als Sinnnganzes ² bezeichnen - , stets mit der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung verbunden sind. Ob das richtig ist oder ob es nicht auch Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung gibt, auf die Treuhandvorschriften nicht anzuwenden sind, soll an dieser Stelle nicht erörtert werden. Hier wird die Formulierung jedenfalls nur in dem Sinne einer treffenden Beschreibung des oben geschilderten Zustandes verwandt.

Die Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung führt dazu, daß derjenige, für dessen Rechnung der Treugegenstand vom Treuhänder innegehabt wird, zwar weiterhin wirtschaftlich an diesem interessiert und die wirtschaftlichen Folgen einer Beeinträchtigung und damit den Schaden zu tragen hat, also schutzbedürftig bleibt, daß er aber mit

1 Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. 1.Halbband § 71 II

2 Larenz, Methodenlehre, a.a.O. S.137 ff.

der fiduziarischen Übertragung des Gegenstandes die Schutznormen verliert bzw. nicht mehr erwerben kann, die ihm bis dahin hätten zustehen können oder die er als Rechtsinhaber noch hätte erwerben können. Dadurch ergibt sich eine von der typischen Situation abweichende Gefährdungslage.¹

Zu fragen ist nun danach, wie sich das auf die Schadensentstehung auswirkt und ob man die Auswirkung mit dem Wort "Schadensverlagerung" bezeichnen kann.

In allen oben besprochenen Fällen der fiduziarischen Eigenberechtigung, sei es an Forderungen oder Sachen, sei es zu Verwaltungs- oder Sicherungszwecken, ist jeweils nur von einem Schaden des Treugebers die Rede, so daß eine Schadensverlagerung vorzuliegen scheint, denn man könnte schließen, daß dem Eintritt des Schadens beim Dritten notwendig der Nichteintritt beim Treuhänder entspreche², oder anders ausgedrückt, der Schaden statt beim Verletzten beim Dritten entstehe. Das braucht aber durchaus nicht so zu sein. Man nehme bei der Verwaltungstreuhand etwa den Fall, daß jemand ein Hausgrundstück treuhänderisch verwaltet. Wird das Haus zerstört, so hat nicht nur der Treugeber einen Sach- und evtl. weiteren Vermögensschaden, vielmehr ist auch der Treuhänder geschädigt, da seine Leistung unmöglich und das Treuhandverhältnis und damit seine Vergütung hinfällig geworden ist. Noch deutlicher ist die Schadenskumulierung bei der Sicherungs-

1 Gernhuber, a.a.O. S.4

2 Tägert, a.a.O. S.35 f.; Larenz, Schuldrecht
§ 14 IV,2

treuhand an einer Sache, da dort das Sachinteresse verdoppelt sein und daher ein Schaden in beiden Vermögensbereichen eintreten kann.

Für den Bereich der mittelbaren Stellvertretung argumentiert v.Caemmerer ¹ damit, daß der "typischerweise zu erwartende Schaden" anstatt beim Verletzten bei dessen Auftraggeber entsteht. Das bedeutet eine wesentliche Abweichung von der bisher verbreiteten Auffassung ² von der Schadensverlagerung. v.Caemmerer gibt damit zu - was bisher übersehen oder geleugnet wurde und wogegen sich die Kritik Selbs ³ zu Recht wendet - , daß neben dem Dritten, auf den der Schaden verlagert sein soll, auch der Verletzte einen Schaden erlitten haben kann, daß also eine echte Schadenskumulierung ⁴ möglich ist. Schließt die Schadensverlagerung aber nicht aus, daß Schäden in zwei Vermögensbereichen auftreten, dann ist auch dem aus der Schadensverlagerung abgeleiteten, ebenfalls von Selb ³ scharf kritisierten Argument ⁵, die Dsl sei nur dort zulässig, wo keine Schadensvervielfältigung denkbar sei, die Grundlage entzogen.

Kann man das Kriterium "Schadensverlagerung" mit der v.Caemmerer'schen Modifizierung ("typischerweise zu erwartender Schaden") aufrechterhalten? Dafür scheint im Bereich der Treuhand zu sprechen, daß in den besprochenen Fällen aus der Rechtsprechung jeweils nur von einem Schaden

1 a.a.O., Drittschaden, S.351,358

2 s.o. S.5 , Fn.3 und 4

3 Kritik, a.a.O. S.1766 f.; Regreß, a.a.O. S.45

4 Trotz des Eingeständnisses, daß ein Schaden sowohl beim Verletzten als auch beim Dritten entstehen kann, lehnt v.Caemmerer, Drittschaden, a.a.O. S.351 den Ausdruck Schadenskumulierung ab.

5 so deutlich BGHZ 40,91,106

beim Treugeber die Rede war. Andererseits kann man aber den Eintritt des Schadens beim Treuhänder kaum als "untypisch" bezeichnen. "Die meisten Menschen stehen in Beziehungen zu Dritten ...", sagt v.Caemmerer ¹ selbst und folgert daraus, daß das Problem der Drittschäden nicht dadurch zu lösen ist, daß man diese Schäden als "inadäquat", als außerhalb des adäquaten Kausalzusammenhanges stehend bezeichnet. Andererseits kann aber ein Erfolg, der nicht inadäquat ist, doch auch nicht untypisch genannt werden. Mit dem Merkmal "typischerweise zu erwartender Schaden" wird man, wenn man es in seiner üblichen Wortbedeutung nimmt, auch bei den Fällen der Käuferkette, bei der die Befugnis zur Dsl abgelehnt wird ², in Schwierigkeiten kommen.

Dennoch kann man die Auffassung v.Caemmerers im Kern aufrechterhalten, wenn man das Wort "typisch" in dem Sinne auffaßt, daß damit die Häufigkeit der Schadensentstehung in Verbindung mit der Höhe der entstandenen Schäden umrissen sein soll, nicht aber die Art und Weise der Schädigung und deren rechtliche Einordnung. Denn in der Tat läßt sich sagen, daß i n d e r R e g e l der schwerwiegendere Schaden beim Dritten entsteht - das zeigen die vor die oberen Gerichte gekommenen Fälle - und daß die selteneren Schäden beim Verletzten i n d e r R e g e l auch die kleineren sind.

¹ Drittschaden, a.a.O. S.345

² BGHZ 40,91,106; v.Caemmerer, Drittschaden, a.a.O. S.368 ff.; Selb, Kritik S.1766

Mit diesem Aussagegehalt, also im Sinne eines Haupt- und Nebenschadens, läßt sich das Kriterium des "typischerweise zu erwartenden Schadens" aufrechterhalten. Auf diese Weise findet man übrigens auch eine Unterscheidung zur Käuferkette. Dort läßt sich eine Regelmäßigkeit in diesem Sinne nicht feststellen, denn wer dort den Schaden im Ergebnis zu tragen hat, richtet sich danach, wer sich in der Kette freigezeichnet hat und wer nicht.

Auch wenn man die Drittschadensfälle bei der fiduziarischen Treuhand mit dem Kriterium "Schadensverlagerung" in diesem Sinne kennzeichnen kann, soll nicht übersehen werden, daß es sich um eine sprachlich nicht sehr glückliche Formulierung handelt. Es wird in den genannten Fällen kein Schaden "verlagert" in dem Sinne, daß er zunächst beim Verletzten entsteht, also aus dessen Vermögen zu berechnen ist, und dann auf den Dritten übertragen wird. Vielmehr entsteht unmittelbar beim Dritten ein eigener Schaden ¹, für den allein seine Vermögensverhältnisse ausschlaggebend sind. Was verlagert wird, ist die Möglichkeit der Schadensentstehung ² und davon, wie wir festgestellt haben, nur ein bestimmter, wenn auch der hauptsächliche Teil.

Außerdem soll schon an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, daß die Tatsache einer wie auch immer gearteten "Schadensverlagerung" für sich noch nichts über die Zulässigkeit der Del besagt. Die Schadensverlagerung ist völlig

¹ Gernhuber, a.a.O. S.4

² v.Caemmerer, Drittschaden, a.a.O. S.358; Diederichsen, a.a.O. S.127 sagt, "ein bestimmtes Risiko" werde verlagert. Er spricht von "Gefährdungsverlagerung".

wertneutral ¹, und zwar auch dann, wenn man von einem normativen Schadensbegriff ausgeht ². Das ist sie sogar bei den gesetzlichen Fällen der Gefahrverlagerung, etwa bei dem des § 447 BGB: Diese Vorschrift regelt nur die zweiseitige Beziehung Verkäufer-Käufer, nicht aber die Frage, ob die Schadensverlagerung auch einem dritten Schädiger gegenüber gelten soll. ³ Das kann nur durch eine Wertung der Rechtsbeziehungen aller drei Beteiligten entschieden werden. Genauso ist es bei der fiduziarischen Treuhand. Die Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung besagt ausschließlich für das Innenverhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder, daß der Treuhänder die überschießende Rechtsmacht für Rechnung des Treugebers innehaben, daß letzterer aber auch die Folgen einer Beeinträchtigung des Rechtsgutes tragen soll. Darüber, welche Bedeutung das gegenüber dem Schädiger hat, ist damit nichts gesagt.

Faßt man zusammen, so ergibt sich, daß das Drittschadensproblem im untersuchten Bereiche nur bei Treuhandformen mit fiduziarischem Einschlag auftritt und daß es dort seine Entstehung dem Zustand der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung verdankt. Dieser bringt eine Veränderung der Schadensentstehungsmöglichkeiten mit sich, die

1 Selb, Kritik S.1767; Regreß, S.47 f.; im Anschluß daran auch Kollhossner, a.a.O. S.304 f.; Canaris, a.a.O. S.157; Diederichsen, a.a.O. S.118f.

2 siehe Selb Fn 1, der einen normativen Schadensbegriff vertritt, Fn.3 zu S.2

3 s. Fn.2 S.48

nur ungenau mit dem Schlagwort "Schadensverlagerung" gekennzeichnet ist. Typisch ist dafür, daß in der Regel der beim Verletzten zu erwartende Schaden im Vermögen des Dritten, hier des Treugebers auftritt, daß daneben aber auch der Verletzte, wenn auch seltener und zumeist in geringerem Umfange, geschädigt sein kann.

Diese Feststellungen mögen hier im Rahmen des Abschnitts B, der einer beschreibenden Darstellung der Problemvoraussetzungen dienen soll, genügen. Zunächst soll in gleicher Weise bei der mittelbaren Stellvertretung gefragt werden, in welchen Fällen sich das Drittschadensproblem stellt oder welchen rechtlichen und tatsächlichen Besonderheiten es hier seine Entstehung verdankt. Welche rechtlichen Folgerungen daraus zu ziehen sind, wird im Abschnitt C dargestellt.

II. Mittelbare Stellvertretung

1. Was ist mittelbare Stellvertretung?

Von mittelbarer oder indirekter Stellvertretung spricht man, wenn jemand im eigenen Namen, aber im Interesse und für Rechnung eines anderen ein Rechtsgeschäft vornimmt.¹

2. In welchen Fällen tritt das Bedürfnis nach Berücksichtigung des Drittschadens auf?

a) Vertragliche Ansprüche des mittelbaren Vertreters

Einzige gesetzlich geregelte Fälle sind die der Kommission und Spedition. Anlässlich eines

¹ Staudinger-Coing, a.a.O. Vorbem. 38 vor § 164; Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 179 I; Schless, a.a.O. S. 14

Kommissionsfalles ¹ wurde denn auch das Problem des Drittschadensersatzes zum erstenmal erörtert: Ein Korkfabrikant aus Delmenhorst bei Bremen bestellte bei einem Handelshaus in Oporto eine Partie Korkholz. Da Schiffsgellegenheit nach der Weser nicht vorhanden war, verlud die Verkäuferin das Holz auf ein nach Hamburg bestimmtes Schiff, welches im übrigen Portwein geladen hatte, und ließ sich in einer Konnossementsklausel zusichern, daß das Holz schon in Cuxhaven zu entladen sei, falls das Schiff (infolge zu erwartenden Eises) dort einlaufen sollte. Tatsächlich mußte der Schiffer aus diesem Grunde in Cuxhaven einlaufen. Die daraufhin vom Beauftragten des Käufers, einer Kommissions- und Speditionsfirma, gegen Vorlage des Konnossements, das von der Verkäuferin direkt an den Kommissionär abgesandt worden war, begehrte Auslieferung wurde vom Schiffer verweigert, weil er bei Öffnen der Luken den Verderb des Portweins fürchtete. Infolge der dadurch um Monate verzögerten Auslieferung des Holzes entstand der Käuferin durch Betriebsausfall und größere Landtransportkosten ein Schaden, der vom Kommissionär mit Erfolg geltend gemacht wurde.

Es handelt sich um die für die Dsl typische Situation: Der Kommissionär, der nach der Entscheidung selbst nicht geschädigt, jedoch Inhaber des verletzten Anspruchs auf Entladung des Gutes in Cuxhaven ist, wird für berechtigt er-

¹ Urt. des Oberappellationsgerichts Lübeck von 1855, Seuff. Arch. 11, 36 u. 84, ebenfalls abgedruckt bei Thöl, Ausgewählte Entscheidungsgründe Nr. 14, S. 17, Nr. 15, S. 20 ff. (Korkholzfall)

klärt, den Schaden seines Auftraggebers geltend zu machen.

Es fragt sich aber, ob bei diesem Fall das Auftreten des Problems seine Ursache wirklich in den Besonderheiten der mittelbaren Stellvertretung hat, bei welcher der Fall stets eingeordnet¹ wird. Auf den ersten Blick möchte man das nicht in Zweifel ziehen, denn eindeutig ist die Kommission ein Unterfall der mittelbaren Stellvertretung. Es ist aber genauer zu analysieren: Verletzt wurde der Anspruch auf Entladung des Korkholzes in Cuxhaven. Dieser stand dem Kommissionär zu. Er hatte ihn aber nicht durch Handeln für fremde Rechnung, also durch mittelbare Stellvertretung erworben, sondern er war ihm vom Korkfabrikanten entweder direkt oder aber in dessen Auftrag vom Verfrachter durch Aushändigung des Konnossements übertragen worden, und zwar zur Geltendmachung im eigenen Namen für seinen Auftraggeber. Das ist aber die Situation der fiduziarischen Treuhand mit Verwaltungsaufgaben, z.B. der Inkassozession. Ein Unterschied z.B. zu dem oben² im Treuhandkapitel behandelten Konossements-Fall ist nicht zu erkennen. Erneut stellt sich die noch zu erörternde Frage nach der Scheidung von Treuhand und mittelbarer Stellvertretung. Bevor diese Frage nicht beantwortet ist, kann man das hier aufgetretene Drittschadensproblem nicht sicher dem einen oder anderen Sachbereich zuordnen.

1 s. v. Caemmerer, Drittschaden, a.a.O. S.350

2 S.20

Die meisten übrigen höchstichterlich entschiedenen Drittschadensfälle zur mittelbaren Stellvertretung sind dagegen eindeutig unter diesem Gesichtspunkt einzuordnen, d.h. es handelt sich um Fälle, bei denen Rechte oder Rechtspositionen des mittelbaren Stellvertreters verletzt werden, die er durch sein Handeln als solcher erworben hat, nämlich im eigenen Namen, aber für Rechnung seines Auftraggebers. Werden diese Ansprüche verletzt, so entsteht der Schadensersatzanspruch in der Hand des mittelbaren Stellvertreters, der seinerseits jedoch nicht geschädigt ist; den Schaden hat vielmehr der Vertretene, welcher aber nicht durch entsprechende Ersatzansprüche geschützt ist.

So schloß in einem vom Reichs-Oberhandelsgericht ¹ im Jahre 1873 entschiedenen Fall ein Kommissionär mit einem Waffenhändler einen Seetransportvertrag auf Verschiffen von 3000 Zentnern in Kisten verpackter Gewehre. Das vom Waffenhändler gestellte Schiff verweigerte den Transport, so daß der Kommissionär die Fracht mit einem anderen, teureren Schiff ausführen lassen mußte.

In einem weiteren von diesem Gericht entschiedenen Fall ² schloß ein Händler, der Hopfen an einen Brauer verkauft und übereignet hatte, als mittelbarer Stellvertreter des Brauers einen Transportvertrag mit einem Spediteur. Dieser versäumte die Ablieferung, so daß der Hopfen bei ihm verdarb.

1 ROHG 11,156,260 (Gewehrfall)

2 ROHG 17,78,79, Urt.v.1875 (Hopfenfall)

Die erste Reichsgerichtsentscheidung ¹ zu diesem Komplex betrifft einen Sachverhalt, in dem ein Schuldirektor H. mit dem Verlag E. im eigenen Namen, aber nicht nur im eigenen Interesse, sondern auch im Interesse und für Rechnung des Lehrers R., mit dem er gemeinsam ein Lesebuch bearbeitet hat, einen Verlagsvertrag für dieses Buch abschloß. Den ihm und dem R. aus Verletzung des Verlagsvertrages entstandenen Schaden machte er gegen den Verleger geltend.

In einem anderen vom Reichsgericht entschiedenen Fall ² kaufte ein Kommissionär im eigenen Namen, aber für Rechnung seines Auftraggebers aufgrund einer Empfehlung einer mit ihm in laufender Geschäftsverbindung stehenden Firma ein großes Paket Dortmunder-Union-Stamm-Prioritäten. Der Empfehlung zuwider sank der Kurs der Papiere erheblich, wodurch dem Auftraggeber ein hoher Schaden entstand.

Noch vielfach lagen dem Reichsgericht Fälle gleicher Problemlage zur Entscheidung vor: Im "China-Uhren-Fall" ³ ging es um einen Verzugsschaden aus der Verletzung eines Kaufanspruchs des Kommissionärs, im "Senegal-Wurzel-Fall" ⁴ um den Schaden des Auftraggebers aus der Verletzung eines vom mittelbaren Stellvertreter abgeschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrages, im "Schiff-Fracht-Fall" ⁵ um die Verletzung eines Fracht-

¹ Entscheidung v. 24.3.1884, RGZ 12, 108, 111 (Lesebuchfall)

² Urt. v. 31.1.1891, RGZ 27, 118, 125 (Dortmunder-Union-Fall)

³ RG-Urt. v. 1897, RGZ 40, 172, 174

⁴ RG-Urt. v. 1897, RGZ 40, 187

⁵ RG-Urt. v. 1904, RGZ 58, 39, 42

vertrages. Hierher gehört auch der schon im Treuhandkapitel besprochene "Segelyacht-Fall",¹ wo dem Treuhänder an sich das Recht zugebilligt wurde, mit seinen Ersatzansprüchen aus Verwahrung auch den Schaden der Treugeberin geltend zu machen. Im "Nießbrauchs-Fall"² machte die Nießbraucherin einer Hypothekenforderung gegen den von ihr mit der Versteigerung des belasteten Grundstücks beauftragten Rechtsanwalt Ansprüche auf Ersatz des Schadens geltend, der nicht nur ihr, sondern auch den Gläubigern der Hypothekenforderung durch einen Fehler des Anwalts entstanden ist. Im "Parzellierungs-Fall"³ wurde der vertragliche Anspruch auf Abtretung einer Hypothekenforderung verletzt, im "Rum-Fall"⁴ der Anspruch des Spediteurs gegen den Frachtführer, im "Haarnetz-Fall"⁵ der Anspruch des Spediteurs gegen einen Verwahrer, und im "Bongossiholz-Fall"⁶ der Kaufanspruch auf mangelfreie Lieferung einer gattungsmäßig bestimmten Ware.

b) Deliktische Ansprüche des mittelbaren Vertreters

In allen vorgenannten Fällen einschließlich des bei der Treuhand abgehandelten Falles⁷, wo eine Sache, zu deren Veräußerung der mittelbare Stell-

1 s.o. S.21

2 RG-Urt.v.1917, RGZ 89,426,431

3 RG-Urt.v.1917, RGZ 90,240,246

4 RG-Urt.v.1926, RGZ 113,250,252

5 RG-Urt.v.1927, RGZ 115,419,425

6 RG HRR 1941, Nr.225

7 s.o. S.37

vertreter ermächtigt wird, während der Vertragsverhandlungen vom Verhandlungspartner des mittelbaren Stellvertreters beschädigt wird, handelt es sich um Schadensersatzansprüche vertraglicher bzw. vertragsähnlicher Art, die in der Hand des mittelbaren Stellvertreters entstehen. Daneben gibt es Fälle, bei denen deliktische Ansprüche begründet werden, so z.B. wenn eine Sache, die jemand als mittelbarer Stellvertreter zu Eigentum erworben und noch nicht an seinen Auftraggeber weiter übertragen hat, von einem Dritten beschädigt oder zerstört wird. Dem mittelbaren Stellvertreter entsteht dann ein deliktischer Schadensanspruch, obwohl der Schaden nicht ihm, sondern seinem Auftraggeber erwächst; er hat zwar als Eigentümer grundsätzlich die Sachbeeinträchtigung zu tragen, doch kann er vom Auftraggeber, soweit ihn selbst kein Verschulden trifft, gem. § 670 BGB den Ersatz seiner für den Erwerb der Sache gemachten Aufwendungen verlangen, obwohl er sie nicht bzw. nicht vollständig herausgeben kann. Auch anderer als Sachschaden kann beim Auftraggeber entstehen, da dieser es ist, der die Sachen in seine wirtschaftlichen Überlegungen einsetzt, etwa in der Art, daß er vom Erwerb seines mittelbaren Stellvertreters in Kenntnis gesetzt worden ist und sie bereits weiterverkauft hat. Auch hier ist der Auftraggeber völlig ungeschützt; nur eine Einbeziehung seiner Interessen in den Schutz der Ansprüche des mittelbaren Vertreters würde zu einem befriedigenden Ergebnis führen.

Im vorigen Fall ging es um die Verletzung des Eigentums an der vom mittelbaren Stellvertreter

erworbenen Sache. Daneben gibt es noch weitere Fälle, bei denen dem Auftraggeber infolge von Rechtsverletzungen beim mittelbaren Stellvertreter Schäden entstehen können, ohne daß ihm insoweit Ansprüche entstehen. So z.B. wenn dem Auftraggeber bestimmte Geschäfte entgehen, weil jemand den mittelbaren Stellvertreter körperlich verletzt hat und dieser deswegen nicht verhandeln kann. Es ist aber offensichtlich, daß wir es hier jedenfalls nicht mit Besonderheiten der mittelbaren Stellvertretung zu tun haben, vielmehr ergibt sich die gleiche Frage bei jedem Auftragsverhältnis, also auch bei direkter Stellvertretung, ja auch bei einem Auftrag zum nicht-rechtsgeschäftlichen Tätigwerden. Hier fehlt es am konkreten, an den Eigenheiten der mittelbaren Stellvertretung orientierten Bezugspunkt für die Einbeziehung von Drittinteressen in die Ersatzpflicht des Schuldners. Dieser Bezugspunkt war bei den Vertragsfällen durch den im Wege der mittelbaren Stellvertretung erworbenen Anspruch gegeben und bei dem ersten Fall mit deliktischem Anspruch durch das durch mittelbare Stellvertretung erworbene Eigentum an einer Sache. Im übrigen dürfte hier, was allerdings nicht näher erörtert werden soll, kein durchgreifender Grund zur Durchbrechung des Grundsatzes des Gläubigerinteresses bestehen; es handelt sich um typische, nicht ersatzberechtigte mittelbar Geschädigte.

Den Fall, daß eine Sache von einem Dritten beschädigt wird, die dem mittelbaren Stellvertreter zwecks Veräußerung übergeben worden ist (Verkaufskommission), haben wir bereits oben ¹ be-

¹ S. 36 f.

sprochen und dabei festgestellt, daß hier die Zulassung einer Drittschadensliquidation nicht notwendig erscheint, da der Eigentümer selbst ausreichend deliktisch geschützt ist. Ist aber ausnahmsweise das Eigentum an der Sache auf den mittelbaren Stellvertreter übertragen worden, ist das Auftreten des Drittschadensproblems die Folge einer fiduziarischen Rechtsstellung, hat also nichts mit der mittelbaren Stellvertretung zu tun.¹ Denn in diesem Zeitpunkt kann die mittelbare Stellvertretung noch keine ihr eigenen Wirkungen geäußert haben, da der mittelbare Stellvertreter noch nicht als solcher gehandelt hat.²

In den zu diesem Komplex, d.h. zur Dsl bei der mittelbaren Stellvertretung infolge deliktischer Verletzungstatbestände gefundenen Entscheidungen geht es um Amtshaftung: In dem Sachverhalt, der einem Reichsgerichts-Urteil aus dem Jahre 1926³ zugrunde lag, verkaufte die Klägerin als mittelbare Stellvertreterin ihrer Tochter Z ein Grundstück. Aufgrund eines Fehlers des Notars wurde der Kaufvertrag nur unvollständig beurkundet, wodurch der Z, der die Mutter den Verkaufsgewinn zu entrichten hatte, ein Schaden entstand. Diesen machte die Mutter mittels eines Amtshaftungsanspruches gegen den Notar geltend.

Das Reichsgericht erkannte ihr den Anspruch aus dem Gesichtspunkt der Dsl zu, da der Z keine eigene, sie schützende Norm zur Verfügung stünde. In einer späteren Entscheidung⁴ über einen Amtshaftungstatbestand versagte das Reichsgericht die

1 s.o. S.24 f.

2 s.o. S.56

3 HRR 1927,345 = JW 1927,1144 (Notar-Fall)

4 RG-Urt.v.11.4.1934, HRR 1934 Nr.1277 (Gerichtsvollzieher-Fall)

Geltendmachung des Drittschadens mit der Begründung, daß im Gegensatz zur vorgenannten Entscheidung der Auftraggeber ebenfalls durch § 839 BGB geschützt sei. Dort war dem Gerichtsvollzieher bei der Versteigerung einer dem Pfandgläubiger verpfändeten Sache des E eine Amtspflichtverletzung unterlaufen, wodurch dem Eigentümer ein Schaden zugefügt wurde. Das Gericht bejahte eine Amtspflicht des Gerichtsvollziehers auch dem Eigentümer gegenüber und verneinte deshalb jedenfalls aus dem Grunde, den Gerichtsvollzieher nicht der Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme auszusetzen, einen Anspruch des Pfandgläubigers auf Ersatz des Schadens des Eigentümers.

Man könnte fragen, ob man diese beiden Fälle überhaupt der mittelbaren Stellvertretung zuordnen darf. Die mittelbare Stellvertretung wurde oben ¹ definiert als Vornahme eines Rechtsgeschäfts im eigenen Namen für Rechnung eines anderen; das Verhältnis des Notars zu seinem "Auftraggeber" bzw. des Gerichtsvollziehers zum vollstreckenden Gläubiger stellt jedoch kein bürgerlich-rechtliches Vertragsverhältnis dar, vielmehr übt der Notar wie der Gerichtsvollzieher ein öffentliches Amt aus, das nicht Gegenstand eines privatrechtlichen Rechtsgeschäfts - und nur dieses ist in der Definition gemeint - sein kann. ² Andererseits wird in beiden Fällen eine konkrete, einer vertraglichen vergleichbare Beziehung zwischen dem Träger der Amtspflicht und demjenigen, demgegenüber die Amtspflicht besteht,

¹ S. 49

² Seybold-Hornig, a.a.O., Anm. 11 zu § 14; Baumbach-Lauterbach, a.a.O., Übersicht 2B vor § 154 GVG

zunächst geschaffen, und erst die Verletzung dieser Sonderbeziehung führt zum deliktischen Anspruch aus § 839 BGB: Der mittelbare Stellvertreter stellt jeweils einen Antrag auf amtliches Tätigwerden im eigenen Namen für fremde Rechnung, erst dadurch entsteht in seiner Hand die Position, deren Verletzung den Amtshaftungsanspruch im Gefolge hat. Der Vergleich mit den Vertragsfällen liegt nahe und läßt an eine analoge Anwendung der für die Dsl bei den Vertragsfällen gefundenen bzw. zu findenden Regeln denken. Jedenfalls muß man, wenn man die Dsl bei der mittelbaren Stellvertretung bejaht, zu einem gleichen Ergebnis bei den vorgenannten Amtshaftungsfällen kommen.

Es gibt zwar noch andere Fälle von Amtshaftung, bei denen man nicht von einer vertragsähnlichen Beziehung sprechen kann. Wird z.B. eine Sache, die jemand als mittelbarer Stellvertreter für seinen Auftraggeber erworben hat, vor Übereignung an diesen von dem Fahrer eines Behördenfahrzeugs angefahren und beschädigt, muß mit der Dsl geholfen werden. Dieser Fall unterscheidet sich jedoch in nichts von einer sonstigen deliktischen Schädigung dieser Sache.¹ Anderen unter § 839 BGB fallenden Schädigungen fehlt dagegen wiederum der konkrete Bezugspunkt zur mittelbaren Stellvertretung².

c) Zusammenfassung

Damit sind alle Möglichkeiten, bei denen infolge von Besonderheiten der mittelbaren Stellvertre-

1 s.o. S.54

2 s.o. S.56

tung die Notwendigkeit eines Drittschadensersatzes besteht, erschöpft. Sie ergibt sich zusammenfassend hauptsächlich dann, wenn jemand vertragliche Rechtspositionen - einschließlich der vertragsähnlichen bei Inanspruchnahme von Amtshandlungen - im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung erwirbt und in diesen Rechtspositionen durch seinen Vertragspartner beeinträchtigt wird. Seltener tritt das Problem auf beim Entstehen rein deliktischer Ansprüche in der Hand des mittelbaren Stellvertreters, nämlich nur bei Verletzung der noch im Eigentum des mittelbaren Stellvertreters stehenden, von ihm in dieser Funktion erworbenen Sache.

3. Worauf ist die Entstehung des Problems zurückzuführen?

Es sind im vorigen Abschnitt alle denkbaren Fälle, bei denen das Drittschadensproblem entstehen kann, zusammengestellt worden. Dabei wurde bewußt darauf geachtet, nur solche Fälle heranzuziehen, bei denen das Problem eindeutig als eine Folge von Eigentümlichkeiten der mittelbaren Stellvertretung zu erkennen ist. Das konnten notwendig nur die Fälle sein, bei denen der mittelbare Stellvertreter bereits als solcher tätig geworden war, denn erst durch sein Tätigwerden können rechtliche oder tatsächliche Folgen entstanden sein, die der mittelbaren Stellvertretung zugeschrieben werden können. Der Zustand, der mit der Beauftragung einer Person, als mittelbarer Stellvertreter tätig zu werden, entsteht, unterscheidet sich nämlich nicht von dem nach jedem beliebigen sonstigen Auftrag, für jemanden rechtsgeschäftlich oder auch nur tat-

sächlich tätig zu werden. ¹

Es ist nun zu untersuchen, ob und welche materiellen Wirkungen die mittelbare Stellvertretung hat, welche davon möglicherweise zum Drittschadensproblem führen und wie sie sich von denen der Treuhand unterscheiden.

Die oben ² gegebene Definition sagt dazu nichts, nicht einmal, ob der mittelbaren Stellvertretung überhaupt eine bestimmte Wirkung eignet. Außer im Kommissions- und Speditionsrecht ist die mittelbare Stellvertretung nicht geregelt. Die Regelung, die sie dort gefunden hat, betrifft zudem - mit Ausnahme des § 392 HGB, der als enge Ausnahmeregelung nicht entsprechend auf andere Fälle der mittelbaren Stellvertretung anzuwenden ist, ³ ausschließlich das Innenverhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär bzw. Versender und Spediteur. Sie behandelt also nur die rein schuldrechtliche Ausgestaltung dieser handelsrechtlichen Formen der Geschäftsbesorgung. Im BGB findet die mittelbare Stellvertretung - und zwar bewußt ^{4,5} - keine Erwähnung, obwohl es an Versuchen, ihr eine praktikable rechtliche Form

1 s.o. S.56

2 s.o. S.49

3 Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 179 III,2

4 Mot.BGB Bd.I, S.223 f.: "Einen Übergang (der Rechtswirkungen auf den Auftraggeber) kraft des Gesetzes für diese Fälle positiv vorzuschreiben, fehlt es an zureichenden Gründen." Vgl. Siebert, a.a.O. S.112

5 Prot. zum Entwurf BGB Bd.II, S.360 ff.; s.dort auch Fn.1

zu geben, nicht gefehlt hat.¹ Das bedeutet aber, daß das Handeln für fremde Rechnung nach dem Willen des Gesetzgebers keine anderen Wirkungen im Gefolge hat als das Handeln für eigene Rechnung: Die Rechtswirkungen dieses Geschäfts treten ausschließlich in der Person des mittelbaren Stellvertreters ein. Zwischen dem Vertretenen und dem Geschäftspartner entstehen keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen.² Von Stellvertretung im eigentlichen Sinne, d.h. von rechtsgeschäftlichem Handeln in fremdem Namen mit unmittelbaren Rechtswirkungen für und gegen den Vertretenen, § 164 BGB, kann man bei der mittelbaren Stellvertretung nicht sprechen³. Die mittelbare Stellvertretung kann daher nach der dem BGB zugrundegelegten Auffassung nicht als eigenes Rechtsinstitut, also als ein Tatbestandskomplex, an den vorbestimmte Rechtsfolgen geknüpft sind und der dadurch rechtliche Substanz erhält⁴, betrachtet werden, sondern nur als tatsächliche Möglichkeit, jemanden als Mittelsmann beim Abschluß von Rechtsgeschäften einzusetzen.

Für das Ausnutzen dieser Möglichkeit bestand jedoch von jeher und besteht bis heute ein so

1 S.Fn. 5, S. 61

2 Mot. zum BGB Bd. I, S. 223; Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 179 I; Staudinger-Coing, a.a.O. Vorbem. 39 vor § 164; Schlegelberger-Hefermehl, a.a.O. § 383 Rdz. 18

3 so auch Flume, a.a.O. § 43, 1

4 s.o. S. 43

starkes wirtschaftliches Bedürfnis, daß man sich immer wieder bemühte, die aus dem bewußten Schweigen des Gesetzes sich ergebenden Nachteile, insbesondere den, daß die vom mittelbaren Stellvertreter erworbenen Gegenstände dem Auftraggeber jeweils durch besondere Akte übertragen werden müssen, durch eine Reihe von Sonderregeln abzumildern.¹ So griff man zu den Hilfsmitteln der Vorausabtretung, des antezipierten Besitzkonstitutes, des Insichgeschäfts und zur Konstruktion des Handelns für denjenigen, den es angeht. Mit Ausnahme der letztgenannten Konstruktion geht es ausschließlich um Möglichkeiten, die im Wege der Vereinbarung zwischen Auftraggeber und -nehmer realisiert werden müssen, also nur das Innenverhältnis betreffen und nicht als unmittelbare rechtliche Folge des Handelns im eigenen Namen für fremde Rechnung angesehen werden können. Dagegen hat man mit der Anerkennung des Geschäfts für denjenigen, den es angeht, durch einen Akt der Rechtsfortbildung eine Ausnahme vom Offenheitsprinzip des § 164 BGB² geschaffen und damit dem Handeln des mittelbaren Stellvertreters zum mindesten für den Teilbereich der Bargeschäfte des täglichen Lebens unmittelbare Rechtsfolgen zugesprochen³ und die mittelbare Stellvertretung damit institutionalisiert.

1 Staudinger-Coing, a.a.O. Vorbem.40 vor §§ 164 ff.; Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 179 III; Siebert, a.a.O. S.113.

2 Staudinger, a.a.O. Vorbem.44 ff. vor § 164 BGB

3 so ausdrücklich Staudinger, a.a.O. Vorbem.45 vor §§ 164 ff. letzter Satz; vgl. auch Siebert a.a.O. S.113

siert. ¹

Ist das aber die einzige Rechtsfolge der mittelbaren Stellvertretung, dann kann das Drittschadensproblem nicht durch rechtliche Besonderheiten dieses Instituts ausgelöst werden. Bei einem Geschäft für denjenigen, den es angeht, tritt es nämlich niemals auf, da sich der Rechtserwerb vom Geschäftspartner des mittelbaren Stellvertreters direkt in der Person des Auftraggebers verwirklicht; im E r g e b n i s haben wir es hier mit unmittelbarer Stellvertretung zu tun. ²

Richten wir unsere Aufmerksamkeit daher auf die tatsächlichen Folgen der mittelbaren Stellvertretung, so ist nicht zu übersehen, daß wir vor einer sehr ähnlichen Situation stehen, wie sie uns oben ³ bei der Untersuchung der fiduziarischen Treuhand aufgefallen ist. Wiederum besteht die gleiche Diskrepanz zwischen dem Rechtsträger und dem wirtschaftlich in erster Linie Interessierten, und zwar als Folge der Tatsache, daß der mittelbare Stellvertreter ein nach außen eigenes Geschäft für fremde Rechnung abgeschlossen hat. Er erwirbt dabei vertragliche Leistungs-, Schutz- oder Obhutsansprüche einschließlich der Schutzrechte aus Inanspruchnahme bestimmter Amtshandlungen. Er erhält Gegenstände, die er in Erfüllung der von ihm für fremde Rechnung abgeschlossenen Verträge erworben, aber noch nicht

1 Müller-Erbach, a.a.O. S.21 ff., 47 sucht den Unterschied zwischen unmittelbarer und mittelbarer Stellvertretung überhaupt aufzuheben. Seine Ausführungen lassen sich jedoch wohl nur de lege ferenda vertreten, vgl. Siebert, a.a.O. S.115

2 Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 179 III, 3 c

3 8.42 ff.

an seinen Auftraggeber weiter übertragen hat. Alle ihm daraus zufallenden Rechtspositionen hat er für fremde Rechnung inne, denn wirtschaftlich geht sein Wille auf Erwerb für den Auftraggeber, was sich direkt nur deswegen nicht erreichen läßt, weil das Offenheitsprinzip des § 164 BGB dafür das Handeln im fremden Namen verlangt. Wir können daher die oben ¹ bei der Treuhand gefundene Formulierung auch hier anwenden und feststellen, daß die mittelbare Stellvertretung den Zustand der "Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung" zur Folge hat.

Dieser Zustand unterscheidet sich zunächst in nichts von dem bei der fiduziarischen Treuhand. Lediglich der Weg seiner Entstehung ist anders. Er führt ebenfalls ² dazu, daß der Auftraggeber - vom Augenblick des Erwerbs durch seinen mittelbaren Stellvertreter an - wirtschaftlich an dem erworbenen Gegenstand interessiert ist. Er hat die wirtschaftlichen Folgen seiner Beeinträchtigung und damit den Schaden zu tragen, obwohl ihm die Schutznormen, die mit der Innehabung des Gegenstandes wegen des Grundsatzes des Gläubigerinteresses eng verknüpft sind, (noch) nicht zustehen bzw. sich noch nicht in seiner Person aktualisieren können. Gingen bei der fiduziarischen Treuhand die Schutzpositionen mit der Übertragung des Treugutes auf den Treuhänder über, obwohl das wirtschaftliche Interesse beim Treugeber blieb, so entsteht hier ein wirtschaftliches Interesse beim Auftraggeber, bevor er die zum Schutz dieses Interesses geeigneten Schutznormen erhält.

1 S.43

2 s.o. S.43 f.

Von einer Schadensverlagerung in dem Sinne, daß der Schaden stets n u r im Vermögen des Auftraggebers s t a t t des mittelbaren Stellvertreters entsteht, kann ebensowenig wie bei der Treuhand gesprochen werden. Bei der mittelbaren Stellvertretung wird der Vertreter regelmäßig schon dann geschädigt sein, wenn sein Provisionsanspruch, wie wohl stets, an die Erfüllung des Vertrages geknüpft ist und die Erfüllung ausbleibt.¹ Eine Schadenskumulierung kann ebenfalls bei bestimmten Fällen der Schlechterfüllung eintreten, wie Selb^{1,2} an treffenden Beispielen dargelegt hat.

Versteht man unter Schadensverlagerung jedoch eine Verlagerung der Entstehungsmöglichkeit des Hauptschadens im oben³ näher gekennzeichneten Sinne, so läßt sich das Kriterium - wiederum ohne es bereits als Ergebnis einer Wertung anzusehen - auch für die Fälle der mittelbaren Stellvertretung aufrechterhalten. In aller Regel entsteht der Hauptschaden nicht beim mittelbaren Stellvertreter, sondern beim Vertretenen, wie wiederum auch die zur Entscheidung gekommenen Fälle deutlich machen.

Zum Vergleich mit der Käuferkette, der sich bei der mittelbaren Stellvertretung besonders anbietet, ist im Rahmen der Erörterung der Schadensverlagerung bei der Treuhand⁴ bereits kurz Stellung genommen worden.

1 Selb, Kritik S.1757

2 Selb, Regreß S.45

3 S.46 f.

4 S.46

III. Überprüfung der Abgrenzung zwischen Treuhand und mittelbarer Stellvertretung

In den Abschnitten I. und II. haben wir alle Drittschadensfälle betrachtet, die entweder der Treuhand oder der mittelbaren Stellvertretung zugeordnet werden bzw. zuzuordnen sind. Bevor die Fallbetrachtung abgeschlossen werden kann, muß auf die bei mehreren Fällen ¹ unentschieden gebliebene Frage, wie der Problemkreis der Treuhand und der der mittelbaren Stellvertretung exakt voneinander abzugrenzen sind, eingegangen werden. Es ist dabei zu klären, wodurch die Abgrenzungsschwierigkeit entsteht und wie ein besserer Weg gefunden werden kann.

Betrachten wir zunächst die der vorstehenden Untersuchung zugrundegelegten Definitionen der Treuhand ² und der mittelbaren Stellvertretung ³, wobei die erste hier auf den Bereich der fiduziarischen Treuhand ⁴ beschränkt werden kann. Als für die fiduziarische Treuhand wesentlich hatten wir erkannt, daß dem Treuhänder eine Rechtsmacht eingeräumt wird, rechtlich eigene aber wirtschaftlich fremde Rechte im eigenen Namen aber - jedenfalls hauptsächlich - im fremden Interesse auszuüben, für die mittelbare Stellvertretung dagegen, daß jemand im eigenen Namen aber für fremde Rechnung ein Rechtsgeschäft vornimmt. Der in der Umschreibung der Treuhand gebrauchte Begriff des "Ausübens" bringt notwendig eine Un-

1 s.o.S. 14 ff.

2 s.o.S. 10

3 s.o.S. 49

4 s.o.S. 11

schärfe in der Abgrenzung zur mittelbaren Stellvertretung mit sich: Die Umschreibung betrifft danach nicht nur die "Rechtsträgerschaft" als solche, sondern auch das "Ausüben", also auch das rechtsgeschäftliche Geltendmachen der übertragenen Rechte und sonstige rechtsgeschäftliche Handlungen in Bezug darauf. Dem entsprechend versucht man eine Abgrenzung in einer wesentlich gleichordnenden Gegenüberstellung und sieht das Gemeinsame zwischen Treuhänder und mittelbarem Stellvertreter vor allem darin, "daß beide im eigenen Namen und im fremden Interesse h a n - d e l n " ^{1,3}. Das führt aber notwendig zu den Schwierigkeiten, die wir bei der Einordnung verschiedener Fälle hatten. Wenn z.B. der Treuhänder einer Sache einen Reparaturauftrag gibt oder ein anderes Rechtsgeschäft in bezug auf den Treugegenstand schließt, so trifft auf ihn sowohl die Begriffsbestimmung des Treuhänders als auch die des mittelbaren Stellvertreters zu: eine eindeutige begriffliche Überschneidung. So kommt es dann zu Abgrenzungsversuchen wie, daß sich die Treuhand nicht wie die mittelbare Stellvertretung auf ein Tun beziehe, sondern daß jedes Treuhandverhältnis "m e h r " ³ ein Zustand" und daß der mittelbare Stellvertreter "m e i s t " ³ kein Treuhänder" sei ². Weiter heißt es bei Enneccerus-Nipperdey, bei einem Erwerb fehle es im allgemei-

1 Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 179 IV,1;
ebenso Staudinger-Coing, a.a.O. Vorbem.58 ff.
vor § 164

2 Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 179 IV,1

3 Sperrungen vom Verf.

nen an dem Wesensmerkmal des echten Treuhandverhältnisses, "weil der Treuhänder die erworbenen Rechte für den Geschäftsherrn ausüben, der mittelbare Vertreter sie an diesen sofort weiterübertragen" müsse. In gleicher Weise äußert sich Coing¹: "... der indirekte Stellvertreter soll typischerweise nur erwerben und dann weiterübertragen, aber nicht, wie der Fiduziar, die erworbenen Rechte für den Geschäftsherrn ausüben".

Das sind wenig überzeugende Argumente. Um das zu erkennen, braucht man z.B. nur Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft zu trennen. Hat jemand als mittelbarer Stellvertreter einen kaufvertraglichen Anspruch auf Übereignung einer Sache erworben, so soll er diesen Anspruch selbstverständlich auch für den Geschäftsherrn ausüben und das Eigentum erwerben. Man kann nicht aus der zeitlichen Dauer der Innehabung dieses Rechts ein Abgrenzungsmerkmal machen.

Wie aber läßt sich eine schärfere Unterscheidung finden? In unseren Falluntersuchungen hatten wir als gemeinsamen Ansatzpunkt für das Drittschadensproblem die "Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung" erkannt. Allerdings mit dem Unterschied, daß die Treuhand durch diesen Zustand eindeutig geprägt wurde, während die mittelbare Stellvertretung nur dahin führte, nicht aber selbst dieser Zustand war. Die Treuhand ist also allein durch den Zustand selbst gekennzeichnet, sie ist ein Zustand, die mittelbare Stellvertretung dagegen ist ausschließlich ein Tun, das zu diesem Zustand hinführen kann. Nur wenn man die-

¹ Staudinger-Coing, a.a.O. Einleitung 60 d vor
§ 104

sen Unterschied, den auch Gremmels ¹ betont, bei der Grenzziehung zwischen Treuhand und mittelbarer Stellvertretung konsequent beachtet, kommt man zu klaren Ergebnissen. Der Treuhänder ist Treuhänder, soweit und so lange er das Treugut innehat. Wird er rechtsgeschäftlich tätig, so ist sein Handeln notwendig das eines mittelbaren Stellvertreters, denn er kann in bezug auf das Treugut nur im eigenen Namen für fremde Rechnung handeln.

Umgekehrt braucht das aber nicht schlechthin zu bedeuten, daß das Handeln jedes mittelbaren Stellvertreters notwendig zur Treuhand führt, nicht einmal, daß das vom Treuhänder im Wege mittelbarer Stellvertretung Erworbene Treugut wird. Diesen Schluß zieht irrigerweise Schless, der, wie schon erwähnt, die Treuhand als Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung definiert und die mittelbare Stellvertretung als Handeln im eigenen Namen für fremde Rechnung, also ebenfalls den Unterschied im "Zustand" und im "Handeln" sieht. ² Wenn Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung bei Schless aber gleichbedeutend mit Treuhand ist, dann muß das Handeln des mittelbaren Vertreters, soweit es überhaupt eine Rechtsträgerschaft zur Folge hat und sich nicht nur in Handlungen ohne unmittelbare rechtliche Folgen gegenüber dem Vertretenen erschöpft ³, zwingend zur Treuhand führen, ein Unmittelbarkeitsproblem gibt es dann nicht.

¹ a.a.O. S.1 f.; auch bei Staudinger-Going Vorbem. 59 zu § 164 findet sich am Ende des 2. Absatzes diese Unterscheidung, nur wird sie nicht konsequent beibehalten.

² a.a.O. S.43, 60 f.

³ Schless, a.a.O. S.61

Diese Folgerung wird zu Recht von Siebert ¹ als ein unzulässiges Ableiten sachlicher Folgen aus vorgegebenen Definitionen, also als eine zu begriffliche Methode, kritisiert. Richtig ist lediglich, wie wir aus unseren Untersuchungen zu einem Teilproblem, nämlich der Frage nach dem Ursprung der Drittschadensproblematik, erkannt haben, daß die mittelbare Stellvertretung zu dem tatsächlichen Zustand der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, der auch die Treuhand kennzeichnet, führt. Welche Rechtsfolgen an diesen Zustand jeweils geknüpft werden, ist eine Wertung, die getrennt für jeden Bereich vorgenommen werden muß. Nur wenn man zu gleichen Folgen hinsichtlich der Behandlung in Zwangsvollstreckung und Konkurs ², der Surrogation, den Einwendungen, der Dsl, um nur einige zu nennen ³, kommt, ist die Ansicht von Schless zum Unmittelbarkeitsproblem im Ergebnis richtig, d.h. die mittelbare Stellvertretung wäre uneingeschränkt eine Treuhandbegründungsmöglichkeit. Von der Dsl her gesehen, erscheint jedenfalls, betrachtet man die einheitliche Behandlung beider Gruppen in der Rechtsprechung, eine Unterscheidung danach, auf welchem Wege es zur Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung gekommen ist, nicht angezeigt.

Sieht man die Abgrenzung von Treuhand und mittelbarer Stellvertretung unter dem hier aufgezeigten Blickwinkel des Zustandes und des Handelns, so ist es nicht schwierig, die in unserer Untersuchung als zweifelhaft erkannten Fälle richtig

1 a.a.O. S.110, Fn.4

2 dafür Assfalg, a.a.O. S.167 ff.

3 vgl. im übrigen Reinhardt-Erlinghagen, a.a.O.

einzuordnen. Die Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung und damit das Drittschadensproblem ist im Mirabellensprit-Fall ¹ nicht Folge des Handelns eines mittelbaren Stellvertreters; verletzt wird vielmehr der zum Zwecke des Inkasso treuhänderisch übertragene Kaufpreisanspruch. Der Reichsgerichts-Fall auf S.17 ff. ist der mittelbaren Stellvertretung zuzurechnen, denn die Bank hat den verletzten Darlehensanspruch durch mittelbare Stellvertretung erworben. Das Gleiche gilt für die auf S.24 f. besprochenen Fälle, in denen der Treuhänder rechtsgeschäftlich tätig wurde. Die Einordnung bei v.Caemmerer ² ist daher falsch. Es sind jeweils vertragliche Ansprüche verletzt, die der Treuhänder durch mittelbare Stellvertretung erworben hat; dabei ist gleichgültig, daß der Schaden an einem Treugegenstand entsteht.

Diese Beispiele mögen hier genügen. Die Fälle der Verletzung obligatorischer Ansprüche bei der Verwaltungstreuhand dürften damit sämtlich der Gruppe der mittelbaren Stellvertretung zuzurechnen sein, da eine Forderung bei der Verwaltungstreuhand im Gegensatz zur Sicherungstreuhand kaum Treugut sein wird.

¹ s.o. S.14

² a.a.O. Drittschaden, S.361

IV. Ergebnis der Falluntersuchungen

Damit sind die Falluntersuchungen zur Treuhand und mittelbaren Stellvertretung abgeschlossen. Wir haben feststellen können:

1. Das Bedürfnis, dem Interesse eines bestimmten Dritten, nämlich des Auftraggebers, in irgendeiner Form rechtlichen Schutz zukommen zu lassen, tritt bei der Treuhand und der mittelbaren Stellvertretung auf.
2. Das Erfordernis des Drittschutzes verdankt seine Entstehung in beiden Bereichen dem Zustand der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, der zu einem zumindest teilweisen Auseinanderfallen von Schaden und geschütztem Interesse führt (Schadensverlagerung im modifizierten Sinne).
3. Das Drittschutzverlangen wurde bisher stets so befriedigt, daß man das Interesse des Dritten unter Durchbrechung des Grundsatzes des Gläubigerinteresses mit in den Schutz der dem Gläubiger zustehenden Ersatzansprüche einbezog, also nicht etwa dem Dritten einen eigenen, neu zu schaffenden Anspruch zusprach.

Danach sind wir berechtigt, die Drittschadensfälle bei fiduziarischer Treuhand und mittelbarer Stellvertretung unter dem gemeinsamen Gesichtspunkt der "Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung" zusammenzufassen und unter diesem Namen von einer eigenen Drittschadensgruppe zu sprechen.

Mit dieser Bezeichnung besitzt sie Abgrenzungskraft auch gegenüber den übrigen bisherigen Gruppierungen der Dsl-Fälle: mit den Sachverhalten, die in der Gruppe der Gefahrenentlastung

behandelt werden, hat sie überhaupt keine Berührungspunkte, die zu Überschneidungen führen könnten. Von der Gruppe "Obhutsposition" unterscheidet sie sich dadurch, daß der Inhaber der Schutzposition gerade nicht für fremde, sondern für eigene Rechnung handelt.

C. Dogmatische Begründung des Drittschadensersatzes bei der gemeinsamen Fallgruppe "Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung"

Es bleibt zu untersuchen, wie die in den Fällen der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung notwendige und von der Rechtsprechung zumindest teilweise anerkannte Befugnis zur Dsl dogmatisch zu begründen ist.

I. Überblick über die bisherigen Lösungsversuche

1. Die Rechtsprechung

Begründungsversuche der Rechtsprechung sind selbst im Ansatz kaum vorhanden. Anfangs versuchte man zu argumentieren, daß das Interesse des Geschäftsherrn zumindest mittelbar auch ein Interesse des Beauftragten sei ¹. Dadurch wäre der Grundsatz des Gläubigerinteresses nicht berührt worden. Man stützte sich dabei - unter der Herrschaft des Gemeinen Rechts und teils darüber

¹ Korkholz-Fall, s.o. S.50 und dazu Zimmermann, a.a.O. S.98 ff.; Hopfen-Fall, s.o. S.52; Lesebuch-Fall, s.o. S.53; Dortmunder-Union-Fall, s.o. S.53; Senegal-Wurzel-Fall, s.o. S.53.

hinaus - auf die Ulpian-Stelle D 17.1.8.3.

Später begnügte man sich hauptsächlich mit Verweisungen auf die früheren Entscheidungen oder machte erst gar nicht den Versuch einer dogmatischen Rechtfertigung ¹.

War das dogmatische Bemühen der Rechtsprechung auch nur schwach, so ist doch ihr Wille, den Schaden des Geschäftsherrn in die Ersatzpflicht des Schuldners einzubeziehen, eindeutig und konsequent zum Ausdruck gekommen. Er war so stark, daß die Rechtsprechung sogar zu einer Scheinbegründung - denn als solche ist das Argument des mittelbar eigenen Interesses zu werten - griff und sich auch nicht scheute, es als etwas Selbstverständliches nicht der Begründung wert zu finden.

2. Die Rechtslehre

Die Aufgabe der dogmatischen Einordnung der von der Rechtsprechung aufgestellten Regel oblag deshalb der Rechtswissenschaft, die nicht müde wurde, immer neue Konstruktionen und Theorien zur Verfügung zu stellen, um das Problem zu lösen. Diese Entwicklung braucht hier nicht erneut im einzelnen aufgezeigt zu werden, da es bereits mehrere ausführliche zusammenfassende Darstel-

¹ Gewehr-Fall, so.o. S.52; China-Uhren-Fall, s.o. S.53; Schiff-Fracht-Fall, s.o. S.53; Segelyacht-Fall, s.o. S.21, 54; Nießbrauchs-Fall, s.o. S.54; Parzellierungs-Fall, s.o. S.54; Mirabellen-Sprit-Fall, so.o. S.14 f.; Rum-Fall, s.o. S.54; Notar-Fall, s.o. S.57 f.; Haarnetz-Fall, s.o. S.54; Bongossi-Holz-Fall, s.o. S.54

lungen ¹ dazu gibt. Es sei nur darauf hingewiesen, daß alle Versuche, die eine Lösung auf dem Wege der Auslegung oder Analogie von Normen des BGB zu finden hofften, nicht gelingen konnten, da das deutsche Zivilrecht streng auf dem Grundsatz des Gläubigerinteresses aufgebaut ist und die wenigen eng umrissenen Ausnahmeregelungen ² als solche der Analogie nicht fähig sind.

Die Lösungsversuche, die mit vertraglichen Konstruktionen arbeiten, führen von wenigen Ausnahmen abgesehen zu einer Vergewaltigung des Vertragswillens der Parteien und sind deswegen unbrauchbar ³.

Die Entwicklung sei nur in Umrissen skizziert: Zunächst ⁴ bemühte man sich noch entsprechend den Tendenzen in der Rechtsprechung um Konstruktionen, die die Identität von Gläubiger- und Drittinteresse dartun sollten, so daß man sich im Einklang mit dem Grundsatz des Gläubigerinteresses befunden hätte.

Reinhardt ⁵ suchte den Gegensatz von Verletzten- und Drittinteresse in einer höheren Synthese auf-

1 Reinhardt, Drittschaden, a.a.O. S.9 ff.; Tägert, a.a.O. S.4, 31 ff.; Lange, Wolfgang-Dietrich, a.a.O.; ganz knapp v.Caemmerer, Drittschaden, a.a.O. S.353-55

2 §§ 844 II, 845, 618 II BGB, § 62 HGB, § 3 II HaftpflG, § 10 II StVG, § 35 II LuftVG

3 v.Caemmerer, Drittschaden, a.a.O. S.354; Reinhardt, Drittschaden, S.60; Larenz, Schuldrecht § 14 IV,2; Diederichsen, a.a.O. S.110 f.

4 siehe die Darstellung bei Reinhardt, Drittschaden, a.a.O. S.9 ff.; ebenso bei Diederichsen, a.a.O. S.113 ff.

5 Reinhardt, Drittschaden, a.a.O. S.67 ff., insbes.83 ff., 88

zuheben,¹ indem er die Verschiedenheit in der Höhe des Schadens beim Verletzten und beim Dritten als Ausdrucksformen desselben Leistungsinteresses verstand. Er stellte die Verletzung einer Rechtspflicht durch den Schädiger in den Vordergrund, nicht aber den Subjektscharakter des verletzten Anspruchs. Das Interesse sei zwar seiner Natur nach subjektiv, damit sei aber noch nichts darüber gesagt, wer Subjekt sei. Die Schadensersatzpflicht sei eine Folge der Rechtspflichtverletzung. Bestimmend für den Inhalt der Ersatzverbindlichkeit sei der Schutzzweck der verletzten Pflicht: Beschaffung oder Erhaltung eines bestimmten Guts in bestimmter Bereitschaftslage. Durch diese Verobjektivierung ("gegenständliche Fixierung") des Interessebegriffs kam Reinhardt zwangsläufig zu dem Ergebnis, daß das fehlende Interesse des Ersatzberechtigten der Ersatzpflicht des Schuldners nicht entgegensteht.

Die Auffassung Reinhardts hat sich nicht durchsetzen können. Der Grund dafür liegt wohl nicht allein darin, daß ihre praktischen Ergebnisse viel zu weit gehen und z.B. im Fall der Veräußerungskette zu einer "unerträglichen Schadensmultiplikation"² führen. Vielmehr ist sie auch theore-

1 Selb, Kritik, a.a.O. S.1767; vgl. Kollhosser a.a.O. S.298

2 Täger, a.a.O. S.31 ff., 34; vgl. Selb, Kritik, a.a.O. S.1767; v.Caemmerer, Drittschaden, S.368 ff.

tisch angreifbar, da Reinhardt die Lehre vom Gläubigerinteresse als Dogma bezeichnet, das sich nicht zwingend aus dem Gesetz ergebe und deswegen in seiner Gesamtheit umgestoßen werden könne. In Wahrheit ist jedoch der Satz, daß sich die Vertragungswirkungen auf die Parteien und die Haftpflicht auf den Schaden des unmittelbar Verletzten beschränken, kein Dogma, sondern ein "rechtspolitisch gesundes Prinzip unserer Rechtsordnungen" ¹, das sich für das deutsche Zivilrecht entgegen Reinhardt unmittelbar aus den §§ 280, 286, 823 BGB ergibt.

Will man bei Anerkennung dieses Grundsatzes zu einer sachgerechten Lösung der Drittschadensfälle kommen, so muß man Ausnahmen vom Grundsatz zulassen. Die Formel von Regel und Ausnahme, die Reinhardt ² für das Auffinden systematischer Zusammenhänge als unfruchtbar ansieht, wird von Tägert ³ nicht zuletzt aufgrund eingehender Vergleiche mit dem englisch-amerikanischen und französischen Recht zur Lösung herangezogen. Damit fand Tägert den richtigen Ansatzpunkt zur Problemlösung, denn Grundsätze können nur dann funktionieren, wenn man sie sachgerecht durchbrechen darf. ⁴ Wenn er aber glaubte, die Ausnahmen als "gewohnheitsrechtlichen Einbruch in die Lehre vom Gläubigerinteresse" ⁵ begründen zu müssen, so

1 v. Caemmerer, Drittschaden, a.a.O. S. 343

2 Drittschaden, a.a.O. S. 68

3 a.a.O., insbes. S. 15, 25, 35

4 Esser, Grundsatz und Norm S. 7

5 a.a.O. S. 37

überzeugt das von seiner eigenen Darstellung her nicht. Seine Methode macht offenbar, daß er eine gewohnheitsrechtliche Begründung im eigentlichen Sinne nicht meinen konnte. Er macht auch nicht ernsthaft den Versuch, in den von ihm herausgestellten Fällen eine von der Rechtsüberzeugung aller Beteiligten getragene längerdauernde und gleichmäßige Übung darzutun; er beschränkt sich auf die Feststellung, daß die Möglichkeit der Durchbrechung des Grundsatzes des Gläubigerinteresses generell von Rechtsprechung und Lehre anerkannt sei. Vielmehr zeigt er mit seinen eingehenden rechtsvergleichenden Studien, daß er selbst nicht von der Möglichkeit überzeugt ist, durch Auslegung und Analogie von Normen des positiven Rechts, d.h. des Gesetzes- und Gewohnheitsrechts¹, zu einer Lösung der Dsl zu kommen. Er sucht vielmehr Orientierungspunkte für eine Rechtsschöpfung, eine Rechtsfortbildung. Zur Begründung eines Gewohnheitsrechts hätte es der Rechtsvergleichung nicht bedurft. So kündigt sich schon bei Tägers die in jüngeren Stellungnahmen² einhellig vertretene Auffassung an, daß, nachdem alle allein durch Auslegung oder Analogie von Normen des BGB gekennzeichneten Lösungsversuche

1 Engisch, a.a.O. S.135 ff.

2 v.Caemmerer, Drittschaden, a.a.O. S.343 u. 356; Esser, Schuldrecht 3.Aufl. S.294; Kollhosser, a.a.O. S.305; Selb, Regress, a.a.O. S.65 f.

gescheitert sind, nur im Wege einer Rechtsfortbildung zur Lösung der Drittschadensproblematik zu gelangen sei. Diesen Weg für den Bereich von Treuhand und mittelbarer Stellvertretung einzuschlagen, sollte es heute keines besonderen Mutes bedürfen, wenn man bedenkt, daß die Rechtsprechung ihn seit über hundert Jahren, wenn auch zumeist unbewußt oder zumindest unausgesprochen, beschreitet.

II. Eigener Lösungsvorschlag

1. Rechtfertigung eines Anspruchs auf Ersatz von Drittschaden

a) Das Vorliegen einer Lücke

Eine Rechtsfortbildung - und das ist Rechtsergänzung - setzt begrifflich das "Fehlen rechtlicher Regelungsinhalte dort, wo sie für bestimmte Sachverhalte erwartet sind" ¹, eine sogen. Lücke voraus. Unsere Fallbetrachtung hat gezeigt, daß die Drittschadensfälle bei Treuhand und mittelbarer Stellvertretung eine ungerechte oder besser: eine dem Gerechtigkeitsgefühl widersprechende Lösung erfahren, wenn man das Interesse des Geschäftsherrn (Treugeber, mittelbar Vertretener) bei der Ersatzpflicht des dem Auftragnehmer (Treuhandler, mittelbarer Stellvertreter) Verpflichteten nicht berücksichtigt. Diese Einsicht liegt den angeführten Entscheidungen ausgesprochen oder unausgesprochen zugrunde und an dieser Tatsache hat sich bis heute nichts geändert.

¹ Engisch, a.a.O. S.136 f.

Aus der gesetzgeberischen Vorgeschichte des BGB ergibt sich im übrigen eindeutig, daß eine gesetzliche Regelung der Dsl-Fälle nicht getroffen werden sollte. Es war beantragt worden, Bestimmungen folgenden Inhalts in das Gesetz aufzunehmen:

"Ist durch den die Ersatzpflicht begründenden Umstand einem Dritten ein Schaden entstanden, wegen dessen der Dritte von dem Ersatzberechtigten Abtretung des Ersatzanspruches zu verlangen berechtigt ist, so erstreckt sich die Ersatzpflicht auf den dem Dritten entstandenen Schaden.

Hat Jemand im eigenen Namen für Rechnung eines Anderen einen Vertrag mit einem Dritten geschlossen, so ist im Falle der Nichterfüllung von dem Dritten der Schaden zu ersetzen, welchen derjenige erlitten hat, für dessen Rechnung der Vertrag geschlossen wurde.

Die Vorschrift des ersten Absatzes findet entsprechende Anwendung, wenn durch eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung Gegenstände beschädigt sind, welche der Beschädigte einem Anderen herauszugeben verpflichtet ist."

Die Anträge wurden abgelehnt, weil man zweifelte, ob sich für solche Vorschriften eine einwandfreie Fassung finden lasse. Die Rechtsprechung werde wie bisher auch ohne ausdrückliche Bestimmung zum richtigen Ergebnis gelangen, und es empfehle sich nicht, in einer so zweifelhaften, noch nicht zu festem Abschluß gelangten Frage der wissenschaftlichen Entwicklung vorzugreifen.¹

¹ Protokolle I S.298 ff., Mugdan II S.117 f.

Nach den zahlreichen vergeblichen Versuchen, dennoch eine Lösung des Problems durch Auslegung oder Analogie von Normen des BGB zu finden, können wir heute auch ohne Bedenken feststellen, daß die notwendig erscheinenden rechtlichen Regelungsinhalte aus dem positiven Recht¹ weder durch Auslegung noch durch Analogie zu ermitteln sind. Es würde zwar ausreichen, wenn man eine als Gewohnheitsrecht anzuerkennende Regel feststellen könnte. Diesen Weg beschreitet Werner² für die Fälle der mittelbaren Stellvertretung. Das mag bei dieser angänglich sein, soweit es sich um die Verletzung vertraglicher Ansprüche handelt. Für deliktische Schädigungen könnte man jedoch zu keinem Gewohnheitsrecht kommen, ebensowenig wie für die Fälle der Amtshaftung, da entweder gar keine oder nur sehr wenige Entscheidungen dazu vorhanden sind, sich also keine feste Rechtsüberzeugung entwickelt hat. Für den gesamten Treuhandkomplex gilt das gleiche, ganz zu schweigen von den übrigen Drittschadensgruppen. Was bleibt, wäre also allenfalls eine sehr unvollständige gewohnheitsrechtliche Regelung der Gruppe "Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung". Außerdem muß es als sehr enge, unbefriedigende Lösung angesehen

¹ vgl. oben S.70 und dort Fn. 1

² Staudinger-Werner, a.a.O. Vorbem.99 vor § 249 ff.; als Möglichkeit angedeutet auch bei Heck, a.a.O. S.52: Der Anspruch auf Ersatz des Drittschadens "würde als Gewohnheitsrecht gelten müssen, wenn er sich nicht sonst begründen ließe".

werden, wenn man den jahrezehntelangen Bemühungen der Rechtsprechung um eine Lösung des Problems nur aus dem Grunde Geltung zuerkennen will, weil sie schon so lange stattgefunden haben und nicht versucht, die Gründe für dieses Bemühen aufzufinden, sie aus Grundgedanken unseres Rechtssystems zu entwickeln und für die Lösung fruchtbar zu machen.¹ Sieht man die Entwicklung mit dem Wissen um die heute diskutierten methodologischen Möglichkeiten, so kann man nicht umhin festzustellen, daß die zahlreichen unvollkommenen Lösungsversuche der Rechtsprechung nichts anderes als Versuche der Rechtsfortbildung waren. Das bloße Gefühl einer ungerechten Lösung infolge Nichtregelung kann jedoch nicht ausreichen, eine Rechtslücke anzunehmen. Vielmehr müssen wir objektiv "eine dem Plan des Gesetzgebers widersprechende, also 'planwidrige Unvollständigkeit'"² feststellen, die zu messen ist "am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung"³.

Zur geltenden Rechtsordnung gehören nach der hier⁴ vertretenen Auffassung nicht nur die durch Auslegung und Analogie ermittelten Rechtssätze, sondern auch das im Wege der Rechtsfortbildung gefundene Recht. Geltendes Recht ist "das Sinnnganze der

1 Gegen die Annahme von Gewohnheitsrecht auch Reinhardt, Drittschaden, a.a.O. Vorbem. XIV

2 Engisch, a.a.O. S.137 f.; Larenz, Methodenlehre S.286

3 Canaris, a.a.O. S.39; v.Caemmerer, Drittschaden, a.a.O. S.343

4 Im Anschluß an Larenz, Methodenlehre, a.a.O. S.148; Canaris, a.a.O. S.19, 56; Wieacker, a.a.O.

durch die Rechtsprechung 'konkretisierten', d.h. inhaltlich näher bestimmten und auf die Lebensordnung bezogenen Rechtssätze." Das positive Recht erschöpft sich auch nicht in seinen konkreten Einzelwertungen, vielmehr sind diese nur Ausdruck von dahinterstehenden Ordnungsgesichtspunkten und Grundwertungen. Dieses innere System, das sowohl zur Feststellung als auch zur Ausfüllung von Lücken heranzuziehen ist und eine verbindliche Weisung für richterliches Handeln im Einzelfall darstellt, sichert die Einheit und inhaltliche Folgerichtigkeit einer Rechtsordnung.¹ Wenn die als Rechtsfortbildung erkannte Anerkennung der Dsl durch die Rechtsprechung an dieser Stelle (noch) nicht als lückenausfüllendes Recht behandelt wird, so deswegen, weil die methodische Berechtigung und Richtigkeit dieser Lückenausfüllung noch Gegenstand der vorzunehmenden Untersuchung ist. Erst wenn man die praktizierte Lösung als methodisch gerechtfertigt anerkennt, kann man die Lücke als geschlossen ansehen.

Bei den untersuchten Drittschadensfällen wurde als unvollständig empfunden, daß die Verletzung von Rechtspositionen des "Rechtsträgers" auch, und zwar hauptsächlich, zu Schäden bei seinem Auftraggeber führt, für dessen Rechnung er die Rechtsposition innehat, und daß der Ersatz dieser Schäden nicht vom Schuldner verlangt werden kann. Der Grund für den fehlenden Schutz des Auftraggebers liegt in der strengen Durchführung des Grundsatzes des Gläubigerinteresses in unserer

¹ Canaris, a.a.O. S.97; in gleichem Sinne: Wieacker, a.a.O. insbes. S.10 f.; Larenz, Methodenlehre, a.a.O. S.301 f.

Rechtsordnung, also in der Beschränkung der Vertragspflicht auf die Parteien und der Haftpflicht auf den Schaden des unmittelbar Verletzten. Der Grundsatz, der von v. Caemmerer zu Recht als "rechtspolitisch gesundes Prinzip"¹ bezeichnet wird, bezweckt eine Haftungsbegrenzung, schützt vor dem Risiko einer uferlosen Ausweitung der Ersatzpflicht und sichert damit die Handlungsfreiheit. Er macht die möglichen Folgen von tatsächlichen und rechtlichen Handlungen in gewissem Umfang kalkulierbar und wirkt damit der Lähmung der Initiative des einzelnen entgegen.²

An dem so gekennzeichneten Zweck des Grundsatzes des Gläubigerinteresses knüpft Canaris² mit seinem Versuch an, die Dsl bei den Fällen mittelbarer Schädigungen im Rahmen der §§ 823 ff. BGB dogmatisch zu erfassen. Er beschreitet den Weg teleologischer Reduktion³, indem er dem generell formulierten Grundsatz des Gläubigerinteresses eine Ausnahmeregelung hinzufügt, durch den der Zweck des Grundsatzes nicht beeinträchtigt wird. Der Grundsatz wird vielmehr auf den von seiner Zweckbestimmung geforderten Umfang beschränkt. Das Erfordernis, eine Ausnahme zuzulassen, ergibt sich aus dem Gleichheitssatz in seiner negativen Formulierung, wonach Ungleiches nicht gleich behandelt werden darf.

1 Drittschaden, a.a.O. S.343

2 Canaris, a.a.O. S.157

3 Larenz, Methodenlehre a.a.O. S.296 ff.;
Canaris, a.a.O. S.82 ff.

Canaris kommt hierbei zu dem Schluß, daß die Einbeziehung des Drittinteresses in die Ersatzpflicht des Schuldners bei den unter dem Stichwort Dsl behandelten Fällen mit den erkennbaren Zwecken und Wertungen des Gesetzgebers nicht in Widerspruch steht. Dabei geht er davon aus, daß die Eigenart der Drittschadensfälle in dem Merkmal der Schadensverlagerung liege, das er in seinem ursprünglichen Sinn auffaßt, d.h. daß bei diesen Fällen eine Schadenskumulierung ausscheidet. Unter dieser Voraussetzung ist seine Begründung sicher richtig, denn eine Vergrößerung des Haftungsrisikos tritt durch Zulassung dieser Ausnahmen vom Grundsatz des Gläubigerinteresses keinesfalls ein, die Intention des Gesetzgebers bleibt gewahrt.

Canaris beschränkt seinen methodischen Vorschlag ausdrücklich ¹ auf die Fälle deliktischer Schädigungen. Dort glaubt er eine echte Schadensverlagerung annehmen zu können, während er dieses Kriterium bei vertraglichem Anspruch für unbrauchbar hält. Außerdem unterscheidet er offenbar die gesetzgeberischen Zwecke, die im Rahmen der §§ 823 ff. BGB zur Beschränkung der Ersatzpflicht des Schuldners auf die Verletzung konkreter Rechtsgüter führen, also allgemeine Vermögensschädigungen nicht erfassen, von denen, die bei Verletzung vertraglicher Ansprüche zur Beschränkung der Ersatzpflicht auf die Schäden des Gläubigers im Schuldverband führen.

Zunächst zur letzten Erwägung. M.E. ist diese Unterscheidung überflüssig, weil es einen Unter-

¹ a.a.O. S.157, insbes. Fn.56

schied der Zwecke beider Regelungen nicht gibt. Sie sind beide unmittelbarer Ausdruck des Grundsatzes des Gläubigerinteresses und nur verschiedene technische Formen seiner gesetzlichen Fixierung.¹ Die Zwecke sind die des Grundsatzes des Gläubigerinteresses und daher miteinander identisch. Auch die von Canaris bezüglich des Merkmals "Schadensverlagerung" gemachte Unterscheidung trifft nicht zu. Auch bei deliktischen Rechtsverletzungen des Rechtsträgers können Schadensakkumulierungen auftreten, wie das Beispiel auf S. 44 (Verwaltungstreuhand) zeigt. Man kann in beiden Fällen der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung keine echte Schadensverlagerung, die n u r zu Schäden beim Dritten s t a t t beim Verletzten führt, anerkennen. Das ist aber auch nicht notwendig, um zu einer teleologischen Reduktion für die Fälle der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung zu kommen.

Zunächst sei darauf hingewiesen, daß i n d e r R e g e l der typische, der Hauptschaden, statt beim Verletzten beim Dritten entsteht. In dieser Form konnte der - wenn auch sprachlich unglücklich formulierte - Begriff der Schadensverlagerung aufrechterhalten werden.² Das bedeutet, daß i n d e r R e g e l keine höhere Belastung des Verpflichteten, der sich einem Treuhänder oder mittelbarem Stellvertreter gegenüber befindet, eintritt, als wenn er vor jemandem stünde, der für eigene Rechnung gehandelt hat.

Darüber hinaus - und das ist allein entscheidend - wird das Risiko einer Teilnahme am Rechtsverkehr nicht dadurch, daß man bei der fiduziarischen

1 vgl.o. S. 1 ff.

2 s.o. S. 46 f., 66

Treuhand und der mittelbaren Stellvertretung die Einbeziehung des Drittinteresses in die Ersatzpflicht des Schuldners bejaht, in solchem Maße erhöht, daß durch "uferlose Ausweitung der Ersatzpflicht" ¹ die Handlungsfreiheit des einzelnen spürbar eingeschränkt würde, wie es bei einer allgemeinen Berücksichtigung mittelbarer Schäden erwartet werden müßte. Vielmehr wird das einzukalkulierende Risiko den Rahmen des Zustandes ohne Zulassung der Dsl nicht überschreiten, denn auch dabei hat das zu erwartende Risiko infolge der Schadensberechnung aus den nicht vorherzusehenden subjektiven, individuellen Verhältnissen des jeweiligen Gläubigers eine große, im voraus meist nicht zu übersehende Breite. Die wenigen, nicht typischen Fälle der Schadenskumulierung können deswegen ohne ernsthafte Verletzung des Haftungsbegrenzungszwecks in Kauf genommen werden. Eine Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit des einzelnen und damit der Beweglichkeit geschäftlichen Handelns tritt nicht ein.

Auch bei der Zugrundelegung des von uns modifizierten Begriffs der Schadensverlagerung läßt sich daher ein Widerspruch der Dsl bei der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung mit den im Grundsatz des Gläubigerinteresses erkennbaren Zwecken und Wertungen des Gesetzgebers nicht feststellen.

In gewissem Sinne findet dieses Ergebnis seine Bestätigung in der bereits erwähnten ² gesetzgeberischen Vorgeschichte zum BGB. Diese zeigt,

1 v. Caemmerer, Drittschaden, a.a.O. S. 370

2 S.o. S. 81

daß man die Notwendigkeit einer Einbeziehung des Drittinteresses bei der mittelbaren Stellvertretung (Abs.II) und möglicherweise auch bei der fiduziarischen Treuhand (Abs.I) erkannte, jedoch glaubte, dieses Ergebnis ließe sich ohne eine besondere Regelung erreichen. Daraus kann man kaum die Ermächtigung zur Rechtsfortbildung entnehmen. Der Satz, die Rechtsprechung werde "wie bisher" zum richtigen Ergebnis kommen, zeigt vielmehr, daß man dabei an die herkömmlichen Interpretationsmethoden dachte. Man ist jedoch zu der Schlußfolgerung berechtigt, daß die Mitglieder der Kommission unserer hier getroffenen Wertung zumindest nicht ablehnend gegenüberstanden, denn sie wollten ja, wie die Formulierungsversuche zeigen, zu einer Einbeziehung der Drittinteressen kommen. Mehr als ein Indiz für die Richtigkeit der Wertung ist das allerdings nicht.

b) Die Notwendigkeit der Lückenausfüllung

Wie Canaris ¹ mehrfach betont, genügt der negative Nachweis, ein Widerspruch zur Wertung des Gesetzgebers liege nicht vor, allein nicht, um die Befugnis zur Rechtsfortbildung zu bejahen. Zur Annahme einer ergänzungsfähigen Lücke ist vielmehr weiter erforderlich, daß die Rechtsordnung die Ergänzung des Gesetzes fordert, nur dann handelt es sich ja um eine "p l a n - w i d r i g e Unvollständigkeit". ² Canaris ³ fordert folgerichtig, daß sich das Er-

1 a.a.O. S.51 f., 158

2 s.o. S.83

3 a.a.O. S.33, 51, 73, 96

fordernis der Ergänzung aus der geltenden Rechtsordnung selbst ergeben muß, nur so läßt sich nämlich die zur Rechtsfortbildung berechtigende "Lücke" von dem bloßen "rechtspolitischen Fehler", der nur vom Gesetzgeber, nicht aber vom Richter berichtigt werden könnte, scheiden, und nur so wird vermieden, daß jede rechtspolitische Änderungsbestrebung unter Umgehung der Legislative von der rechtsprechenden Gewalt verwirklicht werden könnte, was einen eindeutigen Verstoß gegen das Prinzip der Gewaltenteilung bedeuten würde.

Für die Feststellung, daß die Rechtsordnung die Ergänzung fordert, lassen sich die Gesetzgebungsmaterialien zum BGB, wenn auch wiederum nur als Indiz, heranziehen. Die gesetzesberatende Kommission wünschte die Berücksichtigung des Drittinteresses; sie glaubte aber eine entsprechende Norm nicht formulieren zu müssen, weil sie davon ausging, auch ohne sie zu diesem Ergebnis zu gelangen. Und das heißt doch, daß sie voraussetzte, das Gesetz biete in seinen übrigen Regelungen bereits die von der Rechtsprechung durch Auslegung und Analogie noch zu findende Möglichkeit, das Drittinteresse zu berücksichtigen. Hätte sie zu diesem Zeitpunkt gewußt, daß das in Wirklichkeit nicht der Fall ist, dann hätte sie sich - so kann man weiter folgern - nicht durch Formulierungsschwierigkeiten davon abbringen lassen, eine entsprechende Norm aufzustellen.

In der Tat findet das aus diesen Gedankengängen abzuleitende Indiz im Gesetz seine Bestätigung. Canaris ¹ leitet die Forderung der Rechtsordnung

1 a.a.O. S.158

nach Ergänzung des Rechts "aus dem allgemeinen Gebot" ab, "daß jedermann einem anderen den Schaden ersetzen muß, den er ihm in zurechenbarer Weise zugefügt hat" (*iustitia commutativa*).

Mit der Formulierung "in zurechenbarer Weise" kann in diesem Zusammenhang nicht die konkrete Zurechnung von Schadensfolgen gemeint sein, die der Gesetzgeber für ein bestimmtes Rechtsverhältnis angeordnet hat. Die Zurechnung wird nämlich nicht nur vom Ausgleichsprinzip bestimmt, sondern gleichermaßen von anderen Prinzipien, die dieses einschränken. Als zurechenbar im hier gemeinten Sinn muß vielmehr jede Schadenszufügung angesehen werden, die nach natürlicher Auffassung in irgendeiner Weise auf eine andere Person zurückzuführen ist.

Canaris sieht "diesen fundamentalen Satz als Bestandteil der Rechtsidee - mindestens in ihrer rechtshistorisch konkretisierten Form, wie sie in unserer Zivilrechtsordnung Ausdruck gefunden hat - ... als dem geltenden Recht immanent" an. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Nur wenn man von der Existenz dieses Satzes ausgeht, für den das Ausgleichs- und Präventionsprinzip die Motivation abgeben, läßt sich erklären, wieso das Gesetz für praktisch alle Bereiche Schadensersatzpflichten normiert. Es will grundsätzlich alle Schäden, die in irgendeiner Form dem Bereich eines Rechtssubjekts zugeordnet werden können, von diesem ersetzen lassen.¹ Sicher gibt es keinen Rechtssatz dieses Inhalts, wie Werner² zur Begründung seiner

1 In diese Richtung gehen auch die Ausführungen von Diederichsen, a.a.O. S.119.

2 bei Staudinger, a.a.O. Vorbem.99 vor §§ 249 ff.

grundsätzlich ablehnenden Einstellung zur Del betont. Doch muß man es als Ausfluß einer falschen "unmodernen 'positivistischen' Ansicht" ¹ bezeichnen, wenn Werner die unserer Rechtsordnung immanente Wirklichkeit dieses Satzes leugnet bzw. nicht erkennt.

Daß sich das Gesetz zur Erreichung des eben genannten Ziels nicht mit einer einzigen Generalnorm begnügt, findet seine Ursache im Verkehrsinteresse, das eine Überschaubarkeit des Risikos menschlicher Handlungen (im weitesten Sinne) fordert. Was im Einzelfall zurechenbar ist, bestimmen daher eine Vielzahl von Einzelnormen, die den allgemeinen Grundsatz aus Gründen des Verkehrsinteresses einschränken und sich dabei neben dem Grundsatz des Gläubigerinteresses etwa des Verschuldensprinzips, des Adäquanzgedankens, sowie der Methode, Höchstschadenssummen festzulegen ², bedienen. Fällt einer der Einschränkungsründe weg, so muß die ihm dienende Form vor dem allgemeinen ausgleichfordernden Satz weichen. So faßt Canaris a.a.O. das Zusammenwirken der verschiedenen Schadensprinzipien offenbar ebenfalls auf, wenn er - zu § 823 BGB - schreibt: "So gesehen erscheint also letztlich die Entstehung des Schadens als innerer Grund des Anspruchs und die Notwendigkeit der Verletzung eines subjektiven Rechts als lediglich positiv-rechtliche Einschränkung der Zurechnung zum Schutze des Schädigers vor einer 'ruinösen Schadensberechnung'".

Da, wie oben ³ festgestellt, die Gefahr, die der

¹ so Werner, a.a.O., bei der Begründung seiner eigenen Ansicht.

² z.B. in § 12 StVG, § 37 LuftVG

³ S. 85 f.

Grundsatz des Gläubigerinteresses eindämmen will, in den Fällen der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung nicht gegeben ist, fordert hier das allgemeine Schadensprinzip Anerkennung. Wir haben eine "echte" Lücke in der Rechtsordnung vor uns, die im Wege der Rechtsfortbildung auszufüllen ist. Es ist eine Norm des Inhalts zu schaffen, daß der Schuldner hier ausnahmsweise auch den Schaden des Dritten zu ersetzen hat.

Wenn wir auf diese Weise die Berücksichtigung des Drittinteresses für den Bereich der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung anerkennen, bilden wir damit zwar keine neuen Rechtsinstitute, kommen aber doch gleichzeitig mit dem Ausbau des Schadensrechts zu einem sachlichen Ausbau der Rechtsinstitute der fiduziarischen Treuhand und der mittelbaren Stellvertretung. Die Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, die im Bereich der mittelbaren Stellvertretung sonst ausschließlich tatsächliche Bedeutung hätte und bei der fiduziarischen Treuhand lediglich für Zwangsvollstreckung und Konkurs mit eigenen Rechtsfolgen ausgestattet wäre, löst als weitere Folge das Recht zur Dsl aus. Daß es sich dabei um einen Ausbau handelt, erkennen wir besonders deutlich daran, daß sowohl die fiduziarische Treuhand als auch die mittelbare Stellvertretung, die wir heute als in ihrer Existenz feste Einrichtungen unserer Rechtsordnung anzuerkennen geneigt sind, vom Gesetzgeber des BGB nicht als solche ausgebildet waren. Den Rechtsinstitutscharakter haben sie erst dadurch erhalten, daß man z.B. der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung andere Wirkungen beimaß als der reinen Eigenberechtigung, indem man dem Treugeber ein Aussonderungsrecht im Konkurs des Treu-

händlers zubilligte, oder daß man dem mittelbaren Stellvertreter bei Bargeschäften des täglichen Lebens die Möglichkeit gab, im Wege des Geschäfts für denjenigen, den es angeht, die Wirkungen des Geschäfts als Ausnahme vom Offenheitsprinzip direkt in der Person des Vertretenen eintreten zu lassen. Liegt es im letzten Fall offen zutage, daß man damit der mittelbaren Stellvertretung erstmalig eigene rechtliche Wirkungen zuschrieb, so wird diese Tatsache im ersten Beispiel nur dadurch verdeckt, daß man dort die vorhandene Bestimmung des § 43 KO, die nach ihrem Wortlaut nur die Fälle der rein dinglichen Rechte betrifft, durch Besinnung auf den Normzweck ausdehnt auf das obligatorische Recht des Treugebers. Dabei leuchtet es ein, daß der Ausbau bzw. die Begründung eines neuen Rechtsinstitutes weniger auf rechtsmethodische Bedenken stößt, wenn man sich dabei des Hilfsmittels der Auslegung vorhandener Bestimmungen bedienen kann, als wenn man Ausnahmen von tragenden Prinzipien schaffen muß, wie etwa hier vom Grundsatz des Gläubigerinteresses.

Hatte man aber überhaupt den Ausbau dieser beiden Rechtsinstitute soweit vorangetrieben, so erscheint die Zulassung der Dsl als notwendige Konsequenz. Unter diesem Aspekt ist der Satz v. Caemmerers ¹ zu sehen, der sich inhaltlich schon bei Heck ² sowie bei Schless ³ findet: "Läßt man das Handeln im eigenen Namen für fremde Rechnung überhaupt zu, dann muß man auch die Konsequenz ziehen und die Liquidation

¹ a.a.O., Drittschaden, S.359

² a.a.O. S.52

³ a.a.O. S.92

tion des Schadens des Auftraggebers gestatten." Das gilt gleichermaßen auch für die fiduziarische Treuhand.

Wenn bei der mittelbaren Stellvertretung und der Treuhand die Zulassung der Dsl zum Ausbau bestimmter Rechtsinstitute führt, braucht das nicht zu bedeuten, wie man v.Caemmerer¹ verstehen könnte, daß der Ausbau von Rechtsinstituten auch für die übrigen Dsl-Gruppen der notwendige Lösungsweg sein müsse. Man darf sich im gegenwärtigen Stadium nicht den Weg zu anderen Lösungen verstellen².

2. Die Ausgestaltung des Anspruchs auf Ersatz des Drittschadens

Für die vorstehend entschiedene Frage, ob der Schaden des Dritten bei der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung überhaupt zu einem Ersatzanspruch führen kann, gibt es nur eine richtige Antwort: entweder ja oder nein. Dagegen ist die Ausgestaltung des Anspruchs in erster Linie ein Problem der rechtstechnischen Zweckmäßigkeit³, die mehrere richtige Lösungen als möglich erscheinen läßt und methodisch kaum zu sichern sein wird. So ist es verständlich, daß beide denkbaren extremen Positionen vertreten werden, nämlich ein Anspruch auf Liquidation des Drittinteresses⁴ und

1 a.a.O., Drittschaden, S.356

2 so auch Kollhosser, a.a.O. S.305, Fn.99

3 vgl. Kollhosser, a.a.O. S.307 (für den Fall der Lohnfortzahlung)

4 Von einem Liquidationsanspruch geht die h.L. aus, allerdings wird die Frage meist nicht besonders erörtert. Ausdrücklich nehmen Stellung für die Liquidation: v.Caemmerer, Drittschaden, a.a.O. S.357, 360; Larenz, Schuldrecht, S.176; Kollhosser, a.a.O. S.305.

ein eigener Anspruch des Dritten ¹.

Canaris ² hält bei seiner dogmatischen Rechtfertigung der Dsl. einen direkten Anspruch des geschädigten Dritten für konsequent. Der Umweg über den Verletzten aber nicht Geschädigten sei widersinnig. Gebe man dem Dritten einen eigenen Anspruch, so werde z.B. verhindert, daß der Verletzte den Schaden ohne den Willen des Geschädigten geltend mache und sich so u.U. bereichere. Das Gesetz sehe dort, wo es Drittschadensersatz gewähre, den Geschädigten und nicht den unmittelbar Verletzten als anspruchsberechtigt an (§ 845 BGB).

Der Begründung von Canaris, die im Rahmen seiner rein methodologischen Aufgabenstellung nur angedeutet ist, kann jedenfalls für den Bereich der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung nicht zugestimmt werden. Für Treuhand und mittelbare Stellvertretung ist es typisch, daß jemand die Rechte eines anderen innehat bzw. für diesen wahrzunehmen hat. Es besteht kein Anlaß, Ersatzansprüche, die während des Bestehens der Rechtsträgerschaft wegen eines Schadens des Auftraggebers entstehen, anders zu behandeln. Im Gegenteil: Der "Umweg" über den nicht geschädigten Verletzten ist in diesen Fällen nur konsequent ³. Der Verletzte steht dem schädigenden Ereignis am nächsten und ist daher in der Regel am besten in der Lage, die Anspruchsvoraussetzungen darzutun. Lediglich für die Schadensberechnung, die auf den subjektiven Verhältnissen des Dritten basiert, hat er sich dessen Mithilfe zu bedienen.

¹ Canaris, a.a.O. S.158 und dort Fn 58; vgl.auch Gernhuber, a.a.O. S.4 unter VIII; S.41
² a.a.O.

³ so auch v.Caemmerer, Drittschaden, a.a.O. S.360

Die Gefahr, daß der Verletzte den Schaden ohne Willen des Geschädigten geltend macht, oder allgemein ausgedrückt, den Interessen seines Auftragegebers zuwiderhandelt, ist nicht typisch, weil nicht auf den Ersatzanspruch beschränkt. Ihr kann, wie auch sonst, durch die Gestaltung des Innenverhältnisses begegnet werden. Im übrigen besteht jederzeit die Möglichkeit, daß sich der Dritte den Ersatzanspruch abtreten läßt und dann selbst geltend macht.

Der Vergleich mit der gesetzlichen Regelung eines Drittschadensersatzes in § 845 BGB überzeugt nicht. Die Möglichkeit, einen Schaden des Vertretenen bzw. Treugebers in die Ersatzpflicht des Schuldners miteinzubeziehen, ist von der Rechtsprechung im Wege richterlicher Rechtsfortbildung geschaffen worden. Man sollte nicht ohne Grund von dem Weg abweichen, den diese Rechtsprechung hinsichtlich der rechtstechnischen Ausgestaltung des Anspruchs gegangen ist, zumal er sich als praktikabel erwiesen hat. Die Rechtsprechung läßt jedoch - wie die besprochenen Entscheidungen zeigen - den Drittschaden vom Verletzten liquidieren, wobei es diesem freigestellt ist, ob er Leistung an sich selbst oder an den Dritten verlangt.

Lebenslauf

Ich wurde am 6. September 1936 als Sohn des Landesbankprokuristen Heinz Diehle und seiner Ehefrau Anna, geborene Feldmann in Münster/Westf. geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Im Jahre 1956 legte ich am mathematisch-naturwissenschaftlichen und neusprachlichen Konrad Schlaun-Gymnasium in Münster die Reifeprüfung ab.

Anschließend studierte ich von 1956 bis 1960 Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar an der Universität Münster (SS 1956 - SS 1957), an der Universität Freiburg/Breisgau (WS 1957/58 - SS 1958) und wieder an der Universität in Münster (WS 1958/59 - SS 1960).

Am 11. August 1960 legte ich die erste juristische Staatsprüfung beim Oberlandesgericht Hamm ab. Die zweite juristische Staatsprüfung bestand ich vor dem Landesjustizprüfungsamt von Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf am 15. Oktober 1964.

